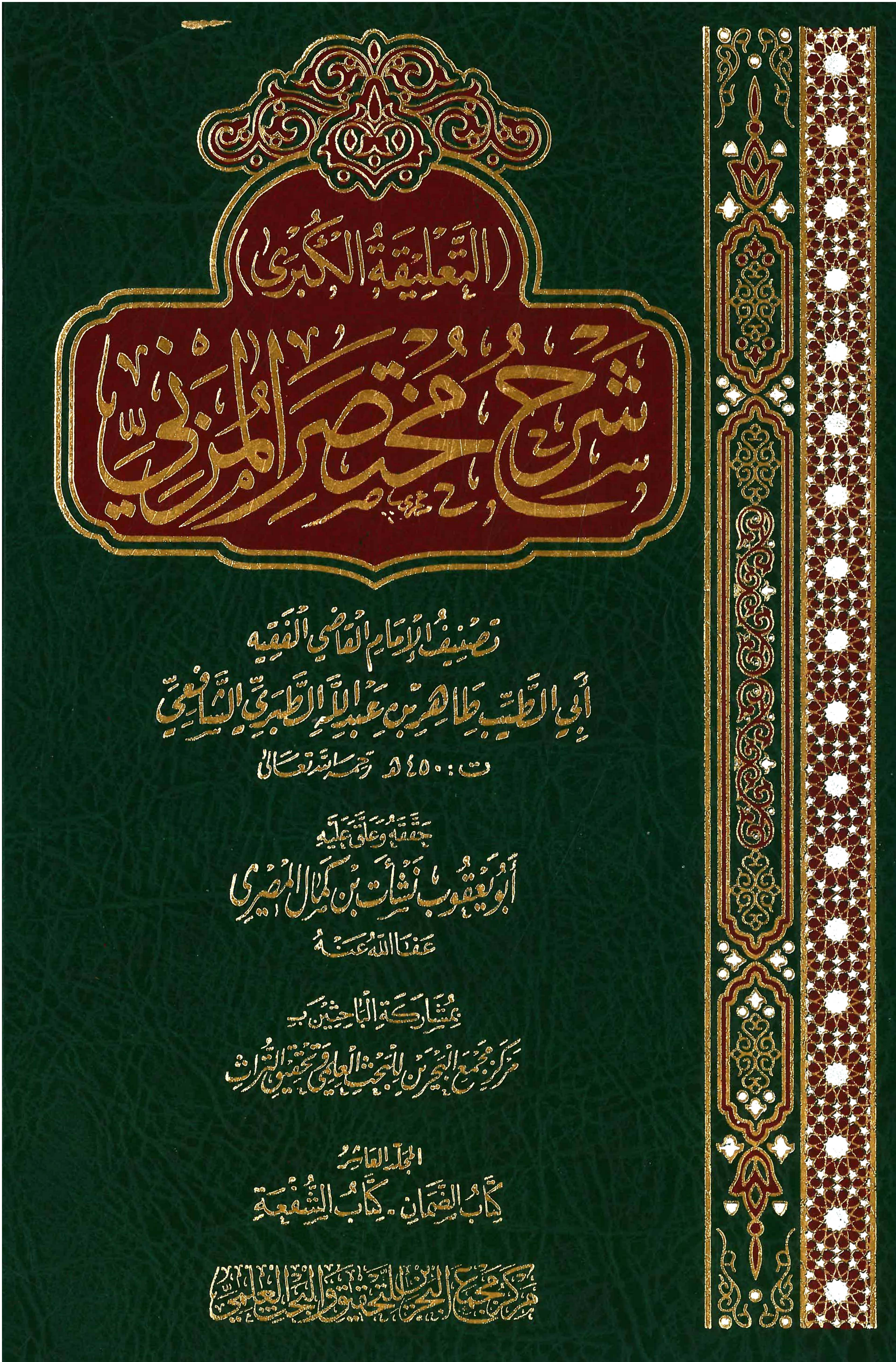
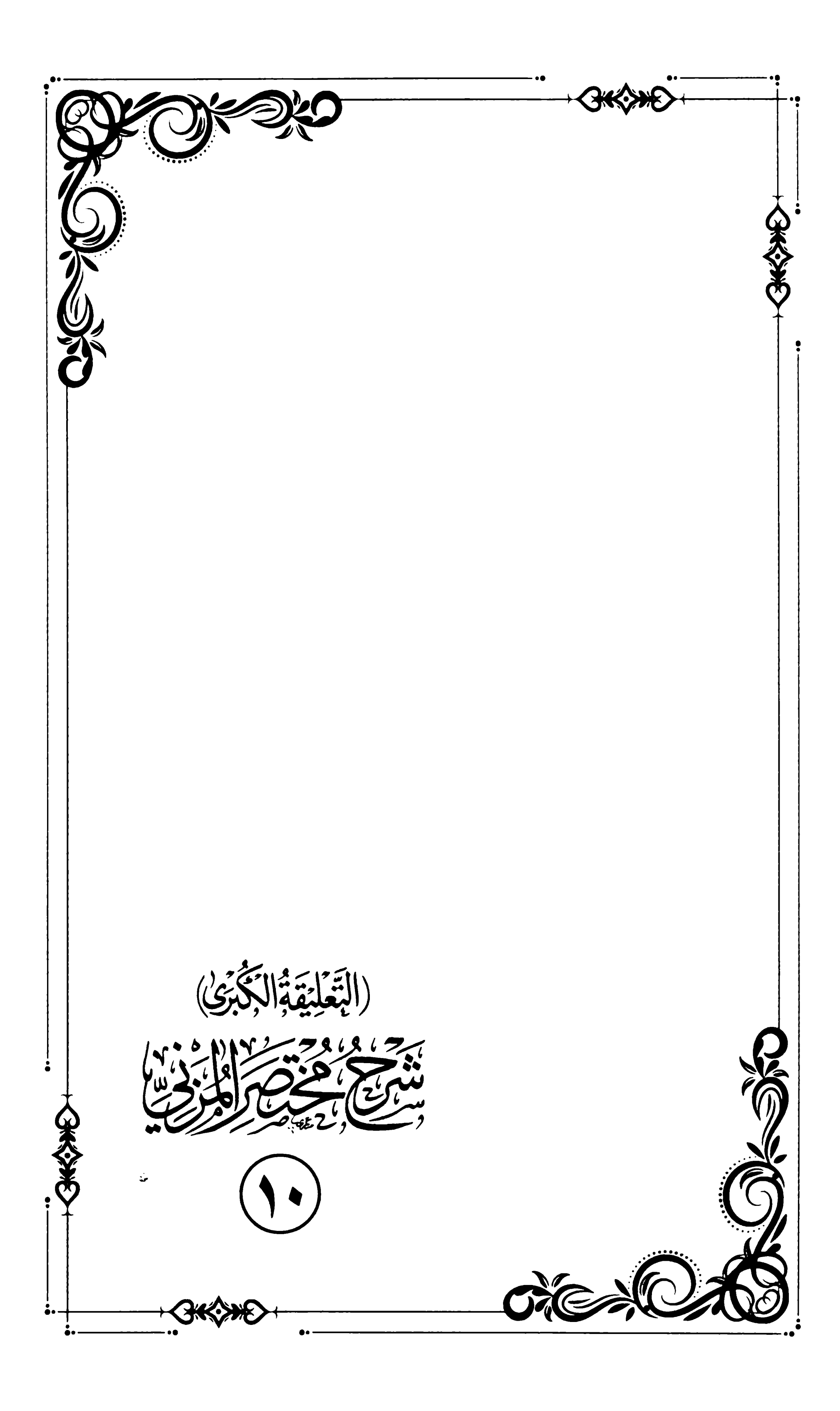
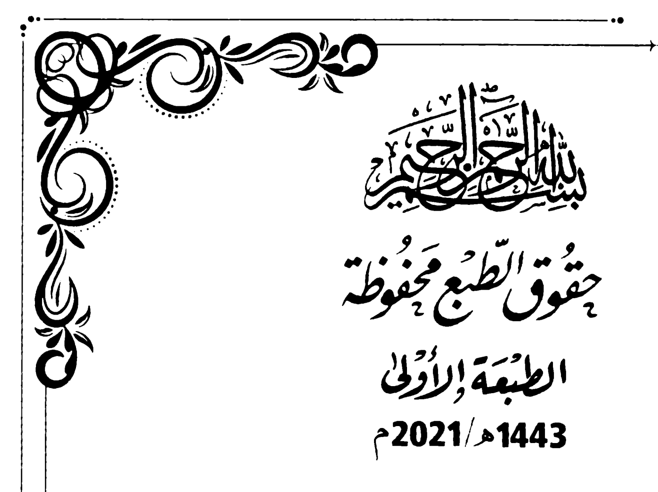

(التعليقة الكبرى)
شرح مختصر المزني
تصنيف الإمام القاضي الفقيه
أبي الطيب طاهر بن عبد الله الطبري الشافعي
ت: ٤٥٠هـ رحمه الله تعالى
حققه وعلق عليه
أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري
عفا الله عنه
بمشاركة الباحثين بـ
مركز مجمع البحرين للبحث العلمي وتحقيق التراث
المجلد العاشر
كتاب الضمان - كتاب الشفعة
مركز مجمع البحرين للتحقيق والبحث العلمي



التعليقة الكبرى

شرح مختصر المزني

١٠



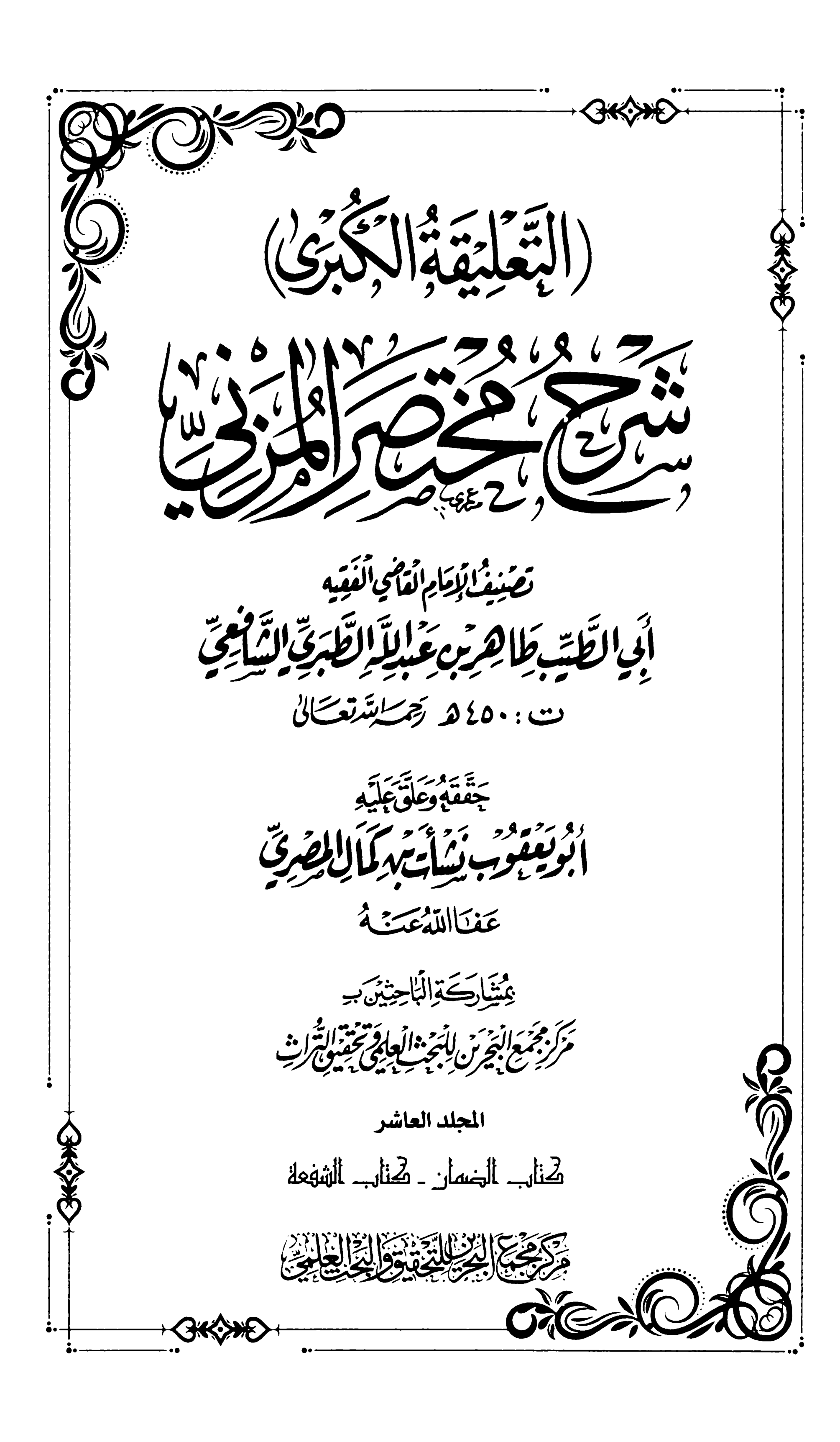
الطبعة الأولى

1443هـ/2021م

رقم الإيداع: 2021 / 21113

الترقيم الدولي: 978 - 977 - 90 - 9610 - 0





(التعليقة الكبرى)

شرح مختصر المزني

تصنيف الإمام القاضي الفقيه

أبي الطيب طاهر بن عبد الله الطبري الشافعي

ت: ٤٥٠ هـ رحمه الله تعالى

حققه وعلق عليه

أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري

عفا الله عنه

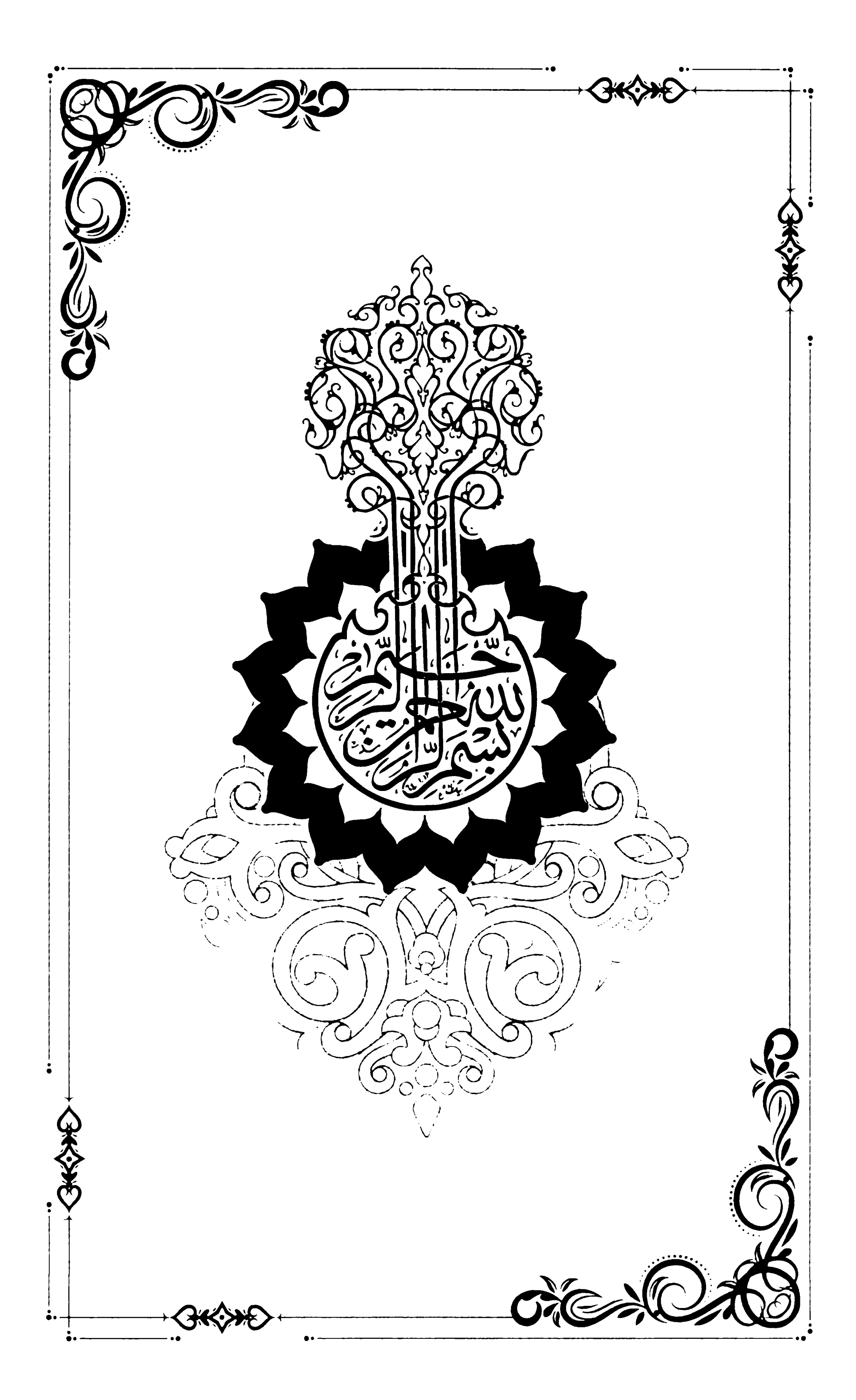
بمشاركة الباحثين بـ

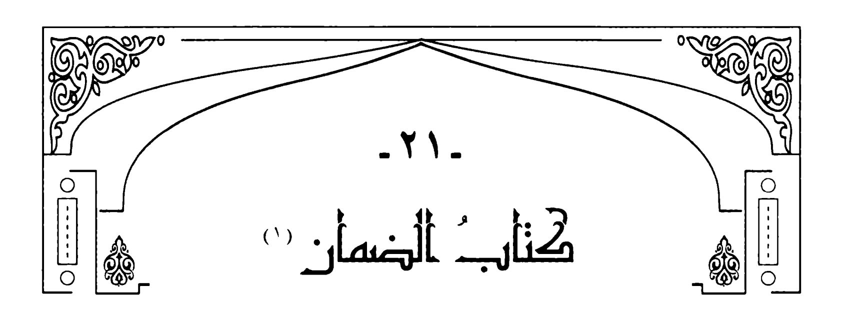
مركز مجمع البحرين للبحث العلمي وتحقيق التراث

المجلد العاشر

كتاب الضمان - كتاب الشفعة

مركز مجمع البحرين للتحقيق والبحث العلمي


بسم الله الرحمن الرحيم



- ٢١ -
كتابُ الضمان(١)

♦ قال المُزنِي رَحِمَهُ اللَّهُ: (تحريْتُ فيه مذهَبَ الإمـامِ(٢) الشَّـافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَقِيـاسَ قولِهِ)(٣).

الأصلُ في جواز الضمان: الكتابُ، والسنةُ، والإجماعُ:

فأما الكتابُ:

فقولُه تعالىٰ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف:٧٢] قال ابنُ

---

(١) أول الجزء من نسخة (ف) وهي نسخة وزارة الأوقاف المصرية، ويبدأ الجزء بقولـه: «بسم الله الرحمن الرحيم وبه ثقتي» وههنا تنبيه بخصوص كتاب الضمان في كتاب «نهاية المطلب» فإنـه مفقود، ومن ثم وضع الدكتور المحقق عبد العظيم الـديب رَحِمَهُ اللَّهُ بـدلًا منه كتـاب الضـمان مـن مختصر العز بن عبد السلام رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٢) ليس في (ص).

(٣) ذكر المزني رَحِمَهُ اللَّهُ قول الله تعالىٰ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف:٧٢] وقـال بحر المذهب (٥/ ٤٦٣): لا خلاف بين المسلمين في جواز الضمان، وإنمـا أورد المـزني رَحِمَهُ اللَّهُ الأدلة ليبين أنه أمر معهود قديم، لا ليستدل بها علىٰ مخالف .

عباسٍ[١]: الزعيم الكفيل، وله أسامي غير ذلك، يقال: ضمينٌ وكفيلٌ وزعيمٌ وحميلٌ وصبير وقبيلٌ.

فإن قيل: بدأتم بالاستدلال بآيةٍ لا يجوزُ لكم أن تحتجُّوا بها من وجهين؛ أحدهما: أن هذه الآيةَ واردةٌ فِي ضمان حمل بعيرٍ، وذلك مجهولٌ؛ فلا يصِحُّ ضمانه، **والثاني**: أنه جعل حِمل البعير جُعلًا لمن جاءه بصاع الملِك، ولا يصِحُّ عندكم ضمان مال الجِعالة؛ لأنه ليس بواجبٍ، فلم يكن لكم أن تحتجوا بها؟

فالجوابُ: أن هذا السؤال لا يصح؛ لأن حملَ البعير غير مجهولٍ عند العرب، وإنما هو معلومٌ عندهم متعارفٌ بينهم - وهو الوسْقُ - وقدْرُه: ستون صاعًا، وقد قال الشاعرُ فيه[٢]:

أيـن الشِّـظاظانِ وأيـن المِرْبَعـة وأيــن وسْــقُ النَّاقــةِ المُطبَّعــة[٣]

وأما مالُ الجِعالة، فقد اختلف فيه أصحابُنا:

فمِنهُم مَن قال: يجوز ضمانُه؛ لأنه مال يئول إلىٰ اللزوم، وكلُّ مالٍ غير لازمٍ فِي الحال لكنه يئول إلىٰ اللزوم يصحُّ ضمانه؛ لأنه يئول إلىٰ اللزوم، ويفارِق مالَ الكتابة حيث قلنا لا يصِحُّ ضمانه؛ لأنه ليس بلازمٍ، ولا يئول إلىٰ اللزوم، فعلىٰ هذا سقط السؤال[٤].

ومِن أصحابِنا مَن قال: لا يصِحُّ ضمان مال الجِعالة، فعلىٰ هذا يقول -

---

(١) تفسير الطبري (١٣/ ٢٥٣) وذكره البيان (٦/ ٣٠٣) وتكملة المجموع (١٤/ ٣).

(٢) البيت في غريب الحديث لأبي عبيد (١/ ١٧) والزاهر (١/ ٣٥٠) وتهذيب اللغة (٢/ ٢٢٣).

(٣) الشظاظ: خشبة عقفاء محددة الطرف تجعل في عروتي الجوالقين إذا عُكِما علىٰ البعير، وهما شظاظان، والمربعة: خشبة تشال بها الأحمال، فتوضع علىٰ الإبل، وناقة مطبعة، أي مثقلة بالحمل، ويروىٰ: الجلنفعة بدلًا من المطبعة.

(٤) بحر المذهب (٥/ ٤٦٣).

لو خُلِّينا - وظاهرُ قوله تعالىٰ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢] (لقلنا بجواز)[١] ضمان مال الجِعالة والمال المجهول، لكن قام الدليلُ عليه أنه لا يجوزُ ضمان ذلك، فخرج من الآية بدليلٍ، وبقي جوازُ الضَّمان علىٰ ظاهر الآية.

ومثال هذا أن الصلاة كانت مفروضةً إلىٰ بيت المقدس فنسخ التوجه إليه وفرض التوجه إلىٰ الكعبة، فسقط التوجه إلىٰ بيت المقدس وبقي فرضُ الصلاة وهيئتها بحاله؛ فكذلك ههنا.

فإن قيل: هذه الآية ذُكِرَتْ فِي شريعة يوسف، فلا يلزمنا العملُ بها؛ إذ ليست من حكم شرعنا؟

فالجوابُ: أن شريعة مَن قبلنا يلزمنا العملُ بها، إلا أن يرد منعُ العمل بها، ولم يرد ههنا منعُ العمل بهذه الآية، فكان لنا أن نستدل بها فِي شريعتنا.

فإن قيل: ليس فِي الآية أكثر من قول المنادي: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢]، وليس فيها أنه قال ذلك بأمر يوسف فلم يَجُزْ أن يحتج به؟

فالجواب: أن مثل ذلك النداء لا يكون إلا بأمر يوسف؛ لأن البلد لا ينادىٰ فيه بشيءٍ إلا بأمر السلطان الذي هو فيه؛ لا سيما أن ذلك كان حيلةً من يوسف؛ لأنه هو خبأ الصاع فِي رحْلِ إخوته، فكان الأمرُ بالنداء من جهته، **على أنَّا نبني هذا على أصلٍ لنا وهو أن الله تعالى إذا أخبر بشيءٍ ولم يعقبه بذم ونكيرٍ دل على أن ذلك شرعٌ لنا**[٢]، ولم يعقب الله تعالىٰ هذا النداء بذم ونكيرٍ فدل علىٰ أنه شرعٌ يجوز اتباعه والعمل به؛ فبطل السؤال.

---

(١) فِي (ص، ف): «جواز».

(٢) ينظر: المبسوط (٢/ ٤) وبدائع الصنائع (١/ ١٨٠) قالا: والأصل أن الحكيم متىٰ حكىٰ عن غير الحكيم ولم يعقبه بالنكير فذلك دليل علىٰ أنه صواب.

ويدلُّ على صحة الضَّمان أيضًا قوله تعالى: ﴿ سَلْهُمْ أَيُّهُم بِذَٰلِكَ زَعِيمٌ ﴾ [القلم: ٤٠].

ومن السنة ما روى أبو أمامة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**العارية مؤداةٌ، والمنحة مردودةٌ، والدين يقضى، والزعيم غارم**»[١].

وروى أبو سعيد رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بجنازةٍ، فلما وُضِعَت قال: «**هل على صاحبكم من دينٍ؟**» قالوا: نعم؛ درهمان. قال: «**فصلُّوا على صاحِبِكُم**» قال علي رضي الله عنه: هما عليَّ يا رسول الله وأنا لهما ضامنٌ، فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال لعليٍّ: «**جزاك الله خيرًا، وفكَّ رِهانَك كما فككتَ رِهانَ أخيك**»[٢].

وروى جابرٌ رضي الله عنه: أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم أُتي بجنازةٍ، فقال: «**على صاحبكم دينٌ؟**» قالوا: نعم؛ ديناران، فقال: «**صلُّوا على صاحِبِكم**» فقال أبو قتادة: هما علي يا رسول الله. فصلى عليه، فلما فتح الله على رسوله قال: «**أنا أوْلى بالمؤمنين من أنفسِهِم؛ مَن تَرَك مالًا فلورثتِهِ، ومَنْ تَرَك دَيْنًا فعليَّ**»[٣].

وروي أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال: «**لا تحِلُّ الصدقةُ لغنيٍّ إلا لثلاثةٍ: رجلٌ تحمَّل بحمالةٍ فحلَّتْ له الصدقةُ**»[٤].

قال المزني: فكانت الصدقةُ محرمةً قبل الحمالة، فلما تحمل لزمه الغرم بالحمالة، وتحمُّلُ الحمالة فِي هذا الخبر هو ضمان الدية لأولياء المقتول ليسكن الثأر؛ فدل هذا الخبر على جواز الضمان.

---

(١) أخرجه أحمد (٢٢٢٩٤) والترمذي (٢١٢٠) وحسنه.

(٢) أخرجه الدارقطني (٣٠٨٢) والبيهقي (١١٧٣١) وهو ضعيف.

(٣) أخرجه أحمد (١٤٥٣٦) والنسائي في الكبرى (٢١٠٠) والدارقطني (٣٠٨٤) وفيه ضعف.

(٤) أخرجه مسلم (١٠٤٤) من حديث قبيصة بن مخارق الهلالي رضي الله عنه.

وأما الإجماعُ، فإن المسلمين أجمعوا علىٰ جواز الضمان، وإنما اختلفوا فِي مسائل نذكرها بعد إن شاء الله.

• فَصْلٌ •

من شرْطِ صحة الضَّمان وجودُ ثلاثة أشخاصٍ: ضامنٌ، ومضمونٌ له، ومضمونٌ عنه، فأما الضامنُ فهو المتكفلُ بالدين، وأما المضمونُ له فهو صاحبُ الدين، وأما المضمونُ عنه فهو من عليه الدين.

إذا ثبت هذا؛ فهل من شرط الضَّمان أن يعلَمَ[1] المضمونَ له والمضمونَ عنه أم لا؟ فيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: أن ذلك من شرطه، فأما المضمونُ عنه فاشترط معرفته لينظر هل هو ممن يستحق إسداء الجميل إليه والمعونة أم لا، وأما المضمونُ له فاشتُرط معرفته لينظر هل هو سهل المعاملة قليل المطالبة أو بخلاف ذلك؛ فاشتُرط علمه بهذين كما اشتُرط علمه بمقدار الحق هل هو كثيرٌ لا يحتمله ماله، أو قليل يحتمله؛ كذلك ها هنا.

والوجه الثاني: ليس من شرط الضَّمان علم الضامن بالمضمون له ولا بالمضمون عنه؛ لأن عليًّا وأبا قتادة رضي الله عنهما لمَّا ضمِنا عنِ الميتِ ما عليه لم يسأل النبي ﷺ عن معرفتهما بصاحب الدين ولا بالميت الذي ضمنا عنه؛ فدل علىٰ أنه لا يشترط علمه بهما.

والوجه الثالث: أنه يجب معرفة المضمون له دون المضمون عنه؛ لأن المضمون عنه قد انقطعت المعاملة بينه وبينه؛ (فلم يحتَجْ)[2] إلىٰ معرفته؛ والمضمون له تحصل المعاملة بينه وبينه؛ فاحتاج إلىٰ معرفته.

---

(١) في أي الضامن، وهو المتكفل بالدين.

(٢) في (ص، ف): «فاحتاج»، وهو غلط ظاهر.

• فَصْلٌ •

إذا ثبت هذا؛ فهل من شرْطِ الضَّمان رضا المضمون له والمضمون عنه أم لا؟

أما المضمونُ عنه، فلا يُحتاج إلىٰ رضاه؛ لأن ضمان دينه بمنزلة القضاء عنه، ويصحُّ قضاء دين الغير بغيرِ رضاه، كذلك ضمانه، وأما المضمونُ له، فقد اختلف أصحابُنا فيه:

فقال أبو علي الطبري: من شرط الضَّمان رضا المضمون له؛ لأن ذلك إثبات مالٍ فِي الذمة بعقدٍ لآدمي؛ فوجب أن يكون من شرطه رضا من يثبت له قياسًا علىٰ الثمن فِي البياعات، والأجرة فِي الإجارات، والصداق فِي النكاح.

وقال أبو[1] العباس بن سُريجٍ: لا يحتاج إلىٰ رضا المضمون له؛ لأن عليًّا وأبا قتادة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ضمنا الدينارين والدرهمين عن الميت، ولم يستأذنا المضمون له، وهو صاحب الدين؛ فثبت أن رضاه ليس من شرط صحة الضمان، والله أعلم.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال المُزنِي رَحِمَهُ اللَّهُ: (قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَإِذَا ضَمِنَ رَجُلٌ عَنْ رَجُلٍ حَقًّا فَلِلْمَضْمُوْنِ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَيُّهُمَا شَاءَ)[2].

وهذا كما قال.. للمضمون له الخيارُ فِي مطالبة مَن شاء مِن المضمون عنه والضامن، ولا ينقل الضَّمانُ الدينَ من ذمة المضمون عنه إلىٰ ذمة

---

(١) ليس في (ص)، (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٦).

الضامن، وأيهما قضىٰ الدينَ سقطت المطالبة عن الآخر.

وقال أبو ثورٍ وداود: الضَّمانُ ينقل الحقَّ من ذمة المضمون عنه إلىٰ ذمة الضامن، ولا يكون للمضمون له أن يطالب أحدًا غير الضامن، وحكي ذلك عن ابن أبي ليلىٰ وابن شُبْرمة[١].

واحتج من نصرهم بما رُوِي عن النبي ﷺ أنه قال لعلي كرم الله وجهه لما ضمن الدرهمين: «**جزاك الله خيرًا، وفكَّ رِهانَك كما فككْتَ رِهَانَ أخيك**»[٢]؛ فدل علىٰ: أن الميت قد انتقل الحق من ذِمَّته.

ويدلُّ عليه أيضًا قولُه ﷺ لأبي قتادة لما ضمن الدينارين: «**هُما عليك، والميتُ منهما بريءٌ؟**» قال: نعم[٣]، فدل علىٰ أن المضمون عنه يبرأ من الدين بالضَّمانِ، وقد ثبت فِي ذمة الضامن.

ويدل عليه أن النبيَّ ﷺ كان يمتنع من الصلاة علىٰ من كان عليه دينٌ؛ فلو كان الدين باقيًا عليهما بعد الضَّمان لما صلىٰ عليهما، فلما صلىٰ عليهما دل علىٰ أن الدين قد تحول من ذِمَّتهما.

قالوا: ولأن الحوالة تنقلُ الحقَّ من ذمة المحيل إلىٰ ذمة المحال عليه، وكذلك ينبغي أن ينقل الضَّمان الحق من ذمة المضمون عنه[٤] إلىٰ ذمة الضامن.

وأيضًا، فإن بقاء الحقِّ فِي ذمة المضمون عنه يؤدي إلىٰ أن يصير الدين الواحد دينين؛ فإنه إذا كانت له ألفٌ واحدةٌ علىٰ رجلٍ وضمنها آخر عنه قلتم: يجوز لصاحب الألف أن يطالب الضامن بالألف، ويطالب المضمون

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٤٦٧).

(٢) سبق تخريجه (ص ٨).

(٣) أخرجه أحمد (١٤٥٣٦) والنسائي في الكبرىٰ (٢١٠٠) والدارقطني (٣٠٨٤) وفيه ضعف.

(٤) ليس في (ص).

عنه بالألف، وذلك لا يجوزُ فِي الشريعة.

ودليلُنا ما روي فِي حديث جابرٍ فِي قصة أبي قتادة: أن النبيَّ ﷺ كان إذا لقي أبا قتادة يقول: «**ما صنعتَ فِي الدينارين؟**»، حتىٰ كان آخر ذلك قال: قضيتُهما يا رسول الله، فقال: «**الآن بردتْ عليه جلدُه**»[١]، فدل هذا علىٰ أن الدين كان ثابتًا علىٰ الميت إلىٰ أن قضاه أبو قتادة، ولو لم يكن ثابتًا عليه لما قال له: «**الآن بردت عليه**[٢] **جلدُه**»؛ لأن تبريد الجلد قد حصل يوم الضمان.

ومن القياس: أنها وثيقةٌ بدينٍ، فوجب أن لا تنقله من ذمة من هو عليه، قياسًا علىٰ الرهن والشهادة، ولا يدخل عليه الحوالة؛ فإنها ليست وثيقةً، وإنما هي معاوضةٌ، فلذلك نقلت الحق.

فأما الجوابُ عن حديثِ علي، فهو أن قول النبي ﷺ: «**فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك**» أراد به فكه بالضَّمانِ عن احتباسه عن الصلاة؛ لأن الفك هو الإطلاق.

وأما قولُ النبي ﷺ لأبي قتادة: «**هُما عليك، والميتُ منهما بريءٌ؟**» فإنه أراد به البراءة من الرجوع عليه فِي تركته؛ بدليل: قوله ﷺ له: «**الآن بردتْ عليه جلدُه**»، وإذا كان كذلك لم يكن لهم فيه حجة.

وأما الجوابُ عن قولِهِم لو كان الدينُ باقيًا عليه لم يصلِّ عليه النبي ﷺ بعد الضمان، فهو أن النبيَّ ﷺ لم يكن يمتنع من الصلاة علىٰ كلِّ من عليه دينٌ، وإنما كان يمتنعُ من الصلاة علىٰ من عليه دينٌ لم يخلِّفْ له وفاءً، فأما من خلف وفاءً فكان يصلي عليه، والضَّمان يقوم مقام الوفاء؛ فلذلك صلىٰ عليهما.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الحوالة، فهو أن الحوالة مخالفةٌ للضمان؛

---

(١) سبق تخريجه في الصفحة السابقة.

(٢) ليس في (ص).

لأن اسم الحوالة مشتقةٌ من تحويل الحق، فلذلك نقلته من ذمة المحيل، والضَّمان مشتقٌّ من ضم ذمةٍ إلىٰ ذمةٍ فلم ينقل الحق.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن ذلك يؤدي إلى أن يصير الحق اثنين، فهو أنه لا يمتنع أن يكون لحقٍّ واحدٍ محلان فأكثر، وإذا سقط الحقُّ من أحدهما سقط عن المحل الآخر، ألا ترىٰ أن من فروض الكفايات ما الناس كلهم مخاطبون بها، فإذا قام بها أحدُهم سقط فعلُها عن الباقين، كغسل الميت وتكفينه ودفنه، وكذلك أيضًا ما لا خلاف فيه وهو إذا غصب رجلٌ من آخر شيئًا ثم غُصِب من الغاصب؛ فإن صاحبَ الشيء يجوزُ له مطالبة أي الغاصبين شاء، فالحقُّ واحدٌ والمحل اثنان، كذلك فِي مسألتنا مثله.

• فَصْلٌ •

إذا ثبت ما ذكرناه، فإن صاحبَ الحقِّ بالخيار إن شاء طالب الضامنَ، وإن شاء طالب المضمونَ عنه.

وقال مالكٌ: لا يجوزُ له أن يطالب الضامنَ إلا عند تعذُّر المطالبة من المضمون عنه إما بغيبته أو بإفلاسه أو بجحوده.. **واحتج من نصره** بأن الضَّمان وثيقةٌ فِي دينٍ؛ فلم يَجُزِ استيفاء الحقِّ منها قبل مطالبة من عليه الدين قياسًا علىٰ الرهن.

ودليلُنا أنه دينٌ حالٌّ علىٰ مليَّين، فجاز لمستحقِّه أن يطالب أيهما شاء كالضامنين والغاصبين **أحدهما** من الآخر.

فأما الجوابُ عن قياسِهِ على الرهن، فهو أن الرهن ليس بذمةٍ، وإنما هو مالٌ لمن عليه الدين فلم يَجُزِ استيفاء الحقِّ منه إلا بامتناع صاحبه من قضائه من غيره؛ لأن صاحب الرهن لا يتعينُ عليه قضاءُ ديونه من عين مال دون مالٍ بل له أن يقضي دينه من أي مال شاء، فلذلك لم يَجُزِ استيفاء الحقِّ من

الرهن قبل مطالبة صاحبه.

والذي يدلُّ علىٰ الفرقِ بين الضامن وبين الرهن أن أجنبيًّا لو ضمن مالًا لإنسانٍ ورهن به رهنًا لم يَجُزْ لصاحب الدين أن يستوفِي حقَّه من هذا الرهن، وله أن يطالب صاحبه بالدين، ولو ضمن الحقَّ ضامنان كان للمضمون له أن يطالب أيهما شاء، ولا يبيع رهنهما إلا بالامتناع من بيعه، فدل علىٰ الفرقِ بين الضَّمان والرهن.

هذا كله؛ إذا كان الضَّمان مطلقًا، فأما إذا ضمن مؤجلًا فلا يجوزُ له مطالبة الضامن حتىٰ يحل الأجل، وإن كان الدين مؤجلًا إلىٰ شهرٍ فضمنه رجلٌ إلىٰ شهرين جاز، وكان له أن يطالب الذي عليه الدين إذا مضىٰ شهرٌ، ولا يجوزُ له مطالبة الضامن حتىٰ يمضي شهران، فإن مات الضامنُ فِي الحال حل الدين فِي تَرِكته، وكان له أن يطالب ورثته بقضائه فِي الحال، ولم يكن له مطالبةُ المضمونِ عنه حتىٰ يمضي الأجل؛ لأن الدين لم يحل عليه، فإذا قبض من ورثة الضامِنِ الميت برئ الضامن والمضمون عنه، ولم يكن للورثة أن يرجعوا علىٰ المضمون عنه حتىٰ ينقضي الأجل؛ لأن الدين عليه مؤجلٌ، ولا يجوزُ المطالبة به قبل محله.

وهكذا؛ إذا مات المضمونُ عنه فإن الدين يحل، ولا يجوزُ لصاحبه مطالبة الضامن؛ لأنه لم يحل عليه، فإن استوفىٰ في التَّركة سقط عن الضامن والمضمون عنه.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ ضَمِنَ بِأَمْرِهِ وَغَرِمَ رجَعَ بِذَلِكَ عَلَيْهِ، وَإِنْ تَطَوَّعَ بِالضَّمَانِ لَمْ يَرْجِعْ)[١].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٦).

وهذا كما قال.. قد ذكرنا أن الضامن إذا أدىٰ الدين سقط عن المضمون عنه، وهل يرجع به عليه أم لا؟ **فيه أربع مسائل**:

إحداهن: أن يكونَ قد ضمن بأمر من عليه الدين، وأدىٰ بأمره؛ فإنه يرجع به عليه؛ لأنه أذن له فِي ذلك فلزمه قضاؤه.

والثانية: أن يكونَ قد ضمن بغيرِ أمره وأدىٰ بغيرِ أمره؛ فإنه يكون متبرعًا، ولا يرجع به عليه.

وقال مالكٌ وأحمد: يرجع به عليه[١]، **واحتج من نصرهما** بأن الضَّمان صحيح، والدين لازم له؛ فكان له الرجوع به، كما لو أذن له.

ودليلُنا أن عليًّا وأبا قتادة رضي الله عنهما ضمنا عن الميتين دينهما بغيرِ إذن أحدٍ، فلو كان لهما أن يرجعا عليهما لم يكن لضمانهما فائدةٌ، ولكان الدينُ باقيًا علىٰ الميتين كما كان، **ومن طريق المعنى**: أن هذا الضامن متبرعٌ بتحمله هذه الحمالة، فلم يكن له الرجوع، كما لو علف دوابه وأطعم عبيده ورعىٰ غنمه بغيرِ إذنه، فإنه لا يرجع عليه، كذلك ههنا.

فأما الجوابُ عن قولِهِم إن الضَّمان صحيحٌ، فهو كما لو أذن له، فهو أنه لا يجوزُ اعتبارُ إذا لم يأذن له به إذا أذن، كما قلنا فيه إذا أطعم عبيده وعلف دوابه ورعىٰ غنمه، فإنه إن كان بأمره رجع عليه، وإن كان بغيرِ أمره لم يرجع عليه، فكذلك ههنا.

والمسألة الثالثة: إذا ضمن عنه بإذنه وأدىٰ بغيرِ إذنه، واختلف أصحابُنا فِي ذلك؛ فقال أبو علي بن أبي هريرة[٢]: يرجع عليه، ووجهه أن إذنه له بالضَّمانِ يتضمن الإذن فِي القضاء؛ لأنه إذا أذن له فِي الضمان، فقد ألزمه

---

(١) ذكره فِي بحر المذهب (٥/ ٤٦٩) وقال: وهذا غلط، لخبر علي وأبي قتادة.

(٢) وذكره بحر المذهب (٥/ ٤٦٩) عنه وعن صاحب الإفصاح، وقال إنه ظاهر المذهب.

الحق وأوجب عليه قضاءه، فكان له أن يرجع عليه، وقال أبو إسحاق: إن أدىٰ عنه مع إمكان استئذان المضمون عنه لم يرجع، وإن كان استئذانه متعذرًا رجع.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: وهذا التقسيمُ لا يُعرف للشافعي، والصحيحُ ما قاله أبو علي، وهو الذي نص عليه الشافعي فِي كتاب النكاح[1] والطلاق من رواية الربيع[2]، وفِي «الإملاء» من رواية حرملة[3]، فقال: «من ضمن شيئًا بغيرِ أمر من عليه الحق، فهو متطوعٌ؛ فإن حمل عنه بأمره وأدىٰ ذلك رجع عليه به»، وهذا نصٌّ لا يحتمل إلا ما قال أبو علي، وهكذا الوجهان فِي رجوع الوكيل فِي الشراء علىٰ الموكل بالثمن الذي ورثه من غير أن يستأذن الموكل علىٰ التفصيل الذي ذكرناه.

والمسألةُ الرابعة: فهي إذا ضمن بغيرِ أمره وأدىٰ بأمره فلا يرجع عليه؛ لأنه تبرع بالتزامه، فإذا أداه فإنما يؤديه عما لزمه، وإذنُ المضمون عنه فيه لا يؤثر فيه؛ لأنه يكون إذنًا له فِي أداء واجبٍ عليه؛ فهو أمرٌ له بأن يخلص نفسه مما التزمه، فإذا فعل لم يكن له الرجوع به، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال المُزني رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ كُلُّ ضَامِنٍ فِي دَيْنٍ وكَفَالَةٍ بِدَيْنٍ وَأُجْرَةٍ وَمَهْرٍ وَضَمَانِ عُهْدَةٍ وأَرْشِ جَرْحٍ وَدِيَةِ نَفْسٍ، فَإِنْ أَدَّى ذَلِكَ الضَّامِنُ عَنِ

---

(١) الأم (٥/ ٨٨) باب ما يكون خيارًا قبل الصداق، وفي الخلع في المرض (٥/ ٢١٤) وفي مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع (٥/ ٢٢٠).

(٢) وكذلك هو في الأم (٣/ ١٥٤) كتاب الرهن

(٣) حرملة بن يحيىٰ التجيبي.

المَضْمُونِ عنْهُ بِأَمْرِهِ رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَدَّاهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ كَانَ مُتَطَوِّعًا لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ)[١].

وهذا كما قال.. الكلام ها هنا فِي الحقوق التي يصح ضمانها والتي لا يصح.

وجملةُ ذلك **أن الحقوق على أربعة أضربٍ**؛ حقٌّ لازمٌ مستقر[٢]، وحقٌّ لازمٌ غير مستقرٍ، وحقٌّ ليس بلازمٍ ولا يئول إلىٰ اللزوم، وحقٌّ ليس بلازمٍ إلا أنه يئول إلىٰ اللزوم.

فأما الضرب الأول، فهو الحقُّ الذي أُمِن سقوطُه ببطلان سببه مثل الثمن فِي البيع بعد تسليم المبيع والمهر بعد الدخول والأجرة[٣] بعد انقضاء المدة، فهذه حقوقٌ لازمةٌ مستقرةٌ[٤]؛ لأنها لا تسقط ببطلان أسبابها فيصح ضمانها.

وأما الضربُ الثاني، فمثل الثمن قبل تسليم المبيع، والأجرة قبل انقضاء المدة، والمهر قبل الدخول[٥]؛ فإن الثمنَ معرَّضٌ للسقوط بتلف المبيع، والأجرة معرضةٌ للسقوط بانهدام الدار، والمهر بالارتداد قبل الدخول، فهذه حقوقٌ لازمةٌ وليست مستقرة، فيصح ضمانها أيضًا بلا خلاف[٦].

وقال أبو إسحاق: ولا يصِحُّ أن يقال إنه لا يصِحُّ ضمانُها لأنها معرضة للسقوط؛ لأنه ما من حقٍّ إلا وهو معرضٌ للزوال والسقوط، ألا ترىٰ أن

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٦).

(٢) يعني أنه مستقر في الذمة كما في بحر المذهب (٥/ ٤٧٠).

(٣) في بحر المذهب: والقرض والأجرة.

(٤) زاد في بحر المذهب: والعوض في الخلع وقيم المتلفات وأروش الجنايات.

(٥) ومنه كذلك السَّلم في الذمة.

(٦) لأنها تئول إلىٰ الاستقرار، وأما الهلاك والسقوط فأمر مشكوك فيه.

الحق الذي قد استقر بعد لزومه يسقط بعد استقراره، مثل: الثمن بعد القبض برد المبيع بالعيب والإقالة وغير ذلك.

وأما الضربُ الثالث، فهو الحقُّ[١] الذي ليس بلازمٍ فِي الحال ولا يئول إلىٰ اللزوم، مثل مال الكتابة؛ لأنه لا يلزم العبد فِي الحال؛ لأن للمكاتب[٢] إسقاطه بفسخ الكتابة للعجز، ولا يئول إلىٰ اللزوم.

وأيضًا، لأنه إذا أداه عتق، وإذا عتق خرج عن أن يكون مكاتبًا، ولا يتصور أن يلزمه فِي ذِمَّته مال الكتابة، بحيث لا يكون له الامتناع من أدائه، فهذا المال لا يصِحُّ ضمانه؛ لأن الضَّمان إثبات مالٍ فِي الذمة والتزامٌ لأدائه، وهو فرعٌ للمضمون عنه، فلا يجوزُ أن يكون ذلك المال فِي الأصل غير لازمٍ، ويكون فِي الفرع لازمًا؛ فلهذا منعنا صحة ضمانه[٣].

وأما الضربُ الرابع، فهو الحقُّ الذي ليس بلازمٍ فِي الحال ولكنه يفضي إلىٰ اللزوم كالجِعالة؛ فإن مالها ليس بلازمٍ فِي الحال ولكنه يئول إلىٰ اللزوم بفعل ما شُرِط المال به؛ فهل يصح ضمانه أم لا؟ علىٰ وجهين:

أحدهما: يصح[٤]، والدليلُ عليه قوله تعالىٰ: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] ولأنه يئول إلىٰ اللزوم فصح ضمانُه، كالثمن فِي مدة الخيار.

والثاني: لا يصِحُّ ضمانه؛ لأن العقد ليس بلازمٍ فِي الحال فِي حق المجعول له، ولا يئول إلىٰ اللزوم بحال فِي حقه؛ لأنه لا يجبر علىٰ رد الآبق بحالٍ، فهذا المال فِي حقه بمنزلة مال الكتابة فِي حق المكاتب.

فأما الجوابُ عن القياس على الثمن فِي مدة الخيار، فهو أن الثمن يئول

---

(١) في (ص، ف): «أن الحق» وزيادة كلمة «أن» وهم من النساخ، والله أعلم.

(٢) في (ص) : «المكاتب».

(٣) لخص ذلك بحر المذهب (٥/ ٤٧٠) فقال: لأنه لا يجوز أن يكون الفرع أقوىٰ من الأصل.

(٤) قال الروياني: وهذا أشبه.

إلىٰ اللزوم بالعقد، وليس كذلك عقد الجِعالة؛ فإنه لا يئول إلىٰ اللزوم فِي حق المجعول له علىٰ ما بيناه، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

فأما مالُ المسابقة فهل يصحُّ ضمانُه أم لا؟ مبنيٌّ على القولين فِي أن عقد المسابقة هل هو بمنزلة الجِعالة أو بمنزلة الإجارة؟ وفيه قولان؛ **أحدهما**: أنه بمنزلة الإجارة، وأنه يصح ضمانه، **والثاني**: أنه بمنزلة الجِعالة، وحكمه حكمها، وقد بيناه[١].

وأما أرشُ الجناية والإتلاف، فإن كان دراهم أو دنانير وذلك مثل أن يتلِف عليه مالًا أو يجني عليه عبده؛ فإنه يصح ضمانه؛ لأنه لازمٌ مستقر، وإن كان إبلًا - مثل أن يجنيَ علىٰ حر - فهل يصح ضمانها أم لا؟ فيه قولان بناءً علىٰ القولين فِي بيعها وإصداقها، فإذا قلنا يجوز بيعها وإصداقها، جاز ضمانها أيضًا، وإذا قلنا لا يجوزُ ذلك، لم يَجُزْ ضمانها[٢].

وأما النفقةُ للزوجة علىٰ زوجها فهل يصح ضمانها؟ يُنْظَرُ:

فإن كانت نفقةً ماضيةً صح ضمانُها؛ لأنها ثابتةٌ مستقرةٌ.

وإن كانت نفقةَ اليوم فإنه يصح ضمانُها؛ لأنها تجب بأول ذلك اليوم، ويجب عليه أداؤها فِي يومه[٣].

وإن كانت نفقةً مستقبلةً فهل يصح ضمانُها أم لا؟ ذكر الشافعي فيها قولين، فقال فِي الجديد: لا يصح، وقال فِي القديم: يصح، وهذا بناءً علىٰ

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٤٧١) وروضة الطالبين (٤/ ٢٥٠).

(٢) بحر المذهب (٥/ ٤٧٢).

(٣) وتوصف بأنها لازمة غير مستقرة.

قوليه فِي أن النفقة هل تجب بنفس العقد[١] أو بالتمكين من الاستمتاع.

فإذا قلنا تجب بالعقد صح ضمانُها كما يصح ضمان المهر، وإذا قلنا تجب بالتمكين من الاستمتاع[٢] لم يصح ضمانها؛ لأنها بعدُ ما وجبت.

إذا ثبت هذا؛ فإنما يصح ضمان نفقة المعسر لأنها ثابتة بكل حالٍ، وأما الزيادةُ عليها إلىٰ نفقة الموسر فإنها غير ثابتةٍ؛ لأنها تسقط بإعساره.

وأما الأعيانُ المضمونةُ مثل المغصوب فِي يد الغاصب والعارية فِي يد المستعير فهل يصح ضمانُها عمن هي فِي يده؟ فيه وجهان[٣]:

أحدهما: يصح ضمانُها؛ لأنها مضمونةٌ علىٰ من هي فِي يده، فهي كالحقوق الثابتة فِي الذمة[٤].

والثاني: لا يصِحُّ ضمانُها؛ لأنها غير ثابتةٍ فِي الذمة، وإنما يصح ضمان الحق الثابت فِي الذمة ولا يصِحُّ ضمان قيمتها؛ لأنها بعدُ ما وجبت، ولأنها مجهولةٌ، وضمان المجهول وما لم يجبْ لا يصح[٥].

فأما الثمن فِي مدة الخيار فهل يصح ضمانه أم لا؟ اختلف أصحابُنا فيه علىٰ طريقين؛ فمِنهُم مَن قال: فيه وجهان كمالِ الجِعالة، ومِنهُم مَن قال: يصح ضمانه وجهًا واحدًا[٦] - وهو الصحيح - لأنه وإن لم يكن لازمًا فِي الحال فإنه يئول إلىٰ اللزوم، ويجبر المشتري علىٰ تسليمه، وليس كذلك مال

---

(١) وهو القول القديم.

(٢) وهو القول الجديد.

(٣) حكاهما صاحب الإفصاح، ونقل عنه بحر المذهب (٥/ ٤٧٢).

(٤) وهو قول أبي حنيفة وأحمد.

(٥) وصرح الروياني بأنه هو المذهب، وشرح ذلك فقال: لأنه إن ضمن العين نفسها فالأعيان لا تثبت في الذمم، وإن ضمن قيمتها فهو ضمان ما لم يجب وضمان مجهول فلا يجوز.

(٦) وهو الوجه الذي صدَّر به بحر المذهب (٥/ ٤٧١) المسألة، واستدل له بنص الشافعي علىٰ أنه إذا باع له شيئًا علىٰ أن يعطيه حميلًا بعينه جاز، والثمن غير لازم حتىٰ يتفرقا.

الجِعالة؛ لأنا قد بينا أن العقدَ لا يلزمُ فِي حق المجعول له بحال، والبيع يلزم فِي حق البائع والمشتري علىٰ ما بيناه.

• فَصْلٌ •

ذكر المُزنِي - فِي جملة ما يصح ضمانُه - ضمانَ العهدة، وضمانُ العهدة هو ضمان الثمن إذا خرج المبيع مستحقًّا.

إذا ثبت هذا؛ فإن ضمن العهدة قبل أن يقبض البائعُ الثمنَ لم يصح ذلك؛ لأنه ضمان ما لم يجب، ولا حاجة تدعو إلىٰ تجويزه، فأما إذا سلَّم الثمن إلىٰ البائع ثم طالبه بمن يضمنُ[1] العهدة إن خرج البيع مستحقًّا فهل يصح ذلك أم لا؟ الذي نص الشافعي[2] عليه فِي آخر «كتاب الإقرار» أنه يصح[3]، وقال أبو العباس بن سُريج: لا يصح[4] - وهو قولُ أبي العباس بن القاص - فخرَّج فِي المسألة قولًا آخر، والمشهور من المذهب الأول[5].

واحتج أبو العباس بأن الضَّمان ههنا فاسدٌ من وجوهٍ؛ أحدها: أنه ضمان ما لم يجب؛ لأنه إذا سلم إليه الثمن فإنما يضمن رده إذا خرج المبيع مستحقًّا، والظاهرُ أن ذلك الرد لا يجب؛ لأن الظاهر مما فِي يده أنه ملكه، وأن تصرفه فيه نافذٌ، وعلىٰ مذهب الشافعي لا يصِحُّ ضمان ما لم يجب، ولأنه ضمان عينٍ، وعنده أن ضمان الأعيان لا يصح، ولأنه مالٌ مجهولٌ لأنه

---

(١) في (ص، ف): «ضمن».

(٢) الأم (٣/ ٢٤٠).

(٣) وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد.

(٤) وحكىٰ في البيان (٦/ ٣٣٩) عنه أنه قال: «لا يضمن درك المبيع إلا أحمق»، قال ابن الرفعة في كفاية النبيه (١٠/ ١٤٠): والصحيح هو المنصوص، وبه قال عامة أهل العلم، وأطبق الناس عليه.

(٥) حكاه بحر المذهب (٥/ ٤٧٣)، وكفاية النبيه (١٠/ ١٤٠).

لا يدري يخرج جميعه مستحقًّا أو بعضه، وعنده لا يصِحُّ ضمان المجهول.

والدليلُ علىٰ جوازه أنه جعل للمشتري الاستئناف بحقه، والوثائق ثلاثٌ؛ الشُّهود[١]، والرهن، والضمان.

ولا فائدة له فِي التوثق بالشهادة؛ لأنه لا يستوفِي بها، وقد يكون المشهود عليه معسرًا، فلا يكون فِي الشهادة فائدة.

وأما الرهنُ فقد أجمع الفقهاء علىٰ أنه لا يصِحُّ فِي هذا الموضع؛ لأنه يؤدي إلىٰ أن يعطل عليه العين المرهونة أبدًا؛ لأن وقت خروجه مستحقًّا لا يتوقت، وقد يتقدم وقد يتأخر.

وإذا ثبت أن التوثق بالشهادة لا فائدة فيها له، والتوثق بالرهن لا يصح، وقد جعل له الاستئناف بحقه لم يبق إلا الضمان؛ فجوزناه؛ لأنه لا تتعوَّقُ به عين من أعيان أمواله، وقد دعت الحاجة إلىٰ ذلك، فعفِي عن الغرر الذي فيه لتردده بين أن يكون الرد واجبًا وبين أن لا يكون كما عفِي عن الغرر بالتأجيل وخيار الثلاث، والعقد علىٰ المنافع قبل أن تُخلق فِي الإجارة.

وأما قولُ أبي العباس إنه ضمان ما لم يجب، فالجواب: أنه وإن كان كذلك غير أن الحاجة دعت إليه، فجُعل فِي معنىٰ ما وجب، كالعقد علىٰ المنافع التي لم تُخلق ونحو ذلك[٢].

وأما قولُه إنه ضمان عينٍ، فقد ذكرنا أن ضمان الأعيان علىٰ وجهين، فإن قلنا يجوز لم يلزمنا هذا السؤال، وإن قلنا لا يجوزُ فإن كان البائع تصرف فِي الثمن فقد وجب مثله، فإذا كان الضَّمان بعد التصرف فليس بضمان عين،

---

(١) لعل التعبير بلفظ الشهادة أحسن من لفظ الشهود.

(٢) وبنحوه أجاب بحر المذهب (٥/ ٤٧٣) فقال بعد ذكره مذهب أبي العباس: وهذا لا يصح، لأن الحاجة تدعو إلىٰ الوثيقة علىٰ البائع، ولا يمكن الوثيقة عليه إلا بالضمان ... إلخ.

وإن كان قبل أن يتصرف فيه فإنه يجوز لأجل الحاجة إليه.

وأما قولُه إنه ضمان مجهولٍ، فلا نسلِّم ذلك، كما نقول: إن الثمن فِي البيع إذا سُمِّي فهو معلوم، وإن كنا نجوز نقصانه بإصابة العيب ورد بعضه، والله أعلم.

إذا ثبت ما ذكرناه[١] **وقلنا إن ضمان العهدة لا يجوزُ، فلا كلام، وإن قلنا يجوز،** فألفاظه أن يقول «ضمنتُ عهدته»، أو «ضمنتُ دركه»، أو يقول للمشتري «ضمنتُ خلاصك منه»، فمتىٰ أتىٰ بواحدٍ من هذه الألفاظ صح الضمان؛ لأنها موضوعة له[٢].

وإن قال «ضمنتُ خلاصه»، يعني: خلاص المبيع؛ لم يصح ذلك؛ لأنه لا يملك المبيع، ولا يمكنه تخليصه إلا بابتياعه، فيكون ذلك ضمان البيع، وضمان البيع لا يصح، وإن شرط خلاص المبيع منفردًا عن ضمان العهدة أو مع ضمان العهدة كان ذلك شرطًا فاسدًا، ويبطل البيع به، وكذلك إن شرط فِي مدة الخيار، فأما إذا كان ذلك بعد انقطاع الخيار فإن شرط خلاص المبيع مفردًا لم يصح الضمان، وإن شرطه مع ضمان العهدة بطل فِي خلاص المبيع[٣].

وهل يبطل فِي خلاص الثمن أم لا؟ فيه قولان بناءً علىٰ تفريق الصفقة.

فإن قيل: العهدة اسمٌ للصَّكِّ، والمكتوبُ للوثيقة، وكتابُ الوثيقة لا يصِحُّ ضمانُه، فكيف قلتم إنه إذا ضمن العهدة صح الضمان[٤]؟

---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٢) ينظر: البيان (٦/ ٣٣٩) وتكملة المجموع (١٤/ ٣٨).

(٣) بحر المذهب (٥/ ٤٧٤)، وكفاية النبيه (١٠/ ١٤٠).

(٤) هذا الاستشكال محكيٌّ عن أبي يوسف كما قال بحر المذهب (٥/ ٤٧٣): والعهدة في الحقيقة عبارة عن الصك المكتوب فيه الثمن، ولكن الفقهاء يستعملونها عبارة عن الثمن =

فالجوابُ: أن الأمر وإن كان علىٰ ما ذكرتم غير أن ذلك وُضع لضمان الثمن فِي العُرف والشرع، حتىٰ إذا أُطلق لم يرجع إلا إلىٰ ضمان الثمن، ومثل هذا ما قلناه فِي الصلاة والصوم يرجع إليهما اللفظ عند إطلاقه.

إذا ثبت هذا وانعقد الضَّمانُ فلا يخلو من أن يسلم المبيع أو لا يسلم؛ فإن سلَّم فلا كلام، وإن لم يسلِّم لم يخْلُ إما أن يكون ذلك بسببٍ حادثٍ بعد البيع أو مقارنٍ له:

فإن كان بسببٍ حادثٍ بعد البيع مثل تلف المبيع والإقالة رجع المشتري علىٰ البائع بالثمن، وليس له مطالبة الضامن به؛ لأنه إنما ضمن الثمن إذا لم يسلِّم المبيع بسبب الاستحقاق.

وأما إذا كان ذلك لسببٍ مقارنٍ للعقد فلا يخلو من أن يكون بتفريطٍ من البائع أو بغيرِ تفريطٍ:

فإن كان بغيرِ تفريط منه مثل أن يؤخذ المبيع بالشفعة؛ فإن المشتري يطالب الشفيع بما ورثه من الثمن، وليس له المطالبة البائع ولا الضامن؛ لأن الشفعة تستحق علىٰ المشتري لا علىٰ البائع، وأما إذا كان بتفريطٍ منه فإن كان ذلك لعيبٍ أصابه بالمبيع فرده رجع بالثمن علىٰ البائع.

وهل يرجعُ علىٰ الضامن أم لا؟ اختلف أصحابُنا فِي ذلك، فقال المُزنِي وأكثرُهم إنه لا يرجعُ عليه بالثمن؛ لأنه إنما ضمن الثمنَ إذا خرج المبيع مستحقًّا، وهذا لم يخرجْ مستحقًا، ومِنهُم مَن قال: يرجعُ علىٰ الضامن بالثمن؛ لأن المبيع خرج لمن يسلم له بسببٍ مقارنٍ للعقد بتفريطٍ منه، فهو فِي معنىٰ خروجه مستحقًّا.

= لأنه مكتوب في العهدة فيصح، وحكي عن أبي يوسف أنه قال: العهدة كتاب الابتياع فإذا ضمن العهدة كان ضامنًا للكتاب وهو عين لا يصح ضمانها.

هذا إذا أصابه العيبُ ولم يحدث به عنده عيبٌ آخر، فأما إذا حدث به عنده عيبٌ آخر لم يكن له رده، وكان له الرجوع بأرش العيب الموجود، ورجع به علىٰ البائع، وهل يرجع به علىٰ الضامن؟ علىٰ ما ذكرناه من الوجهين.

فأما إذا لم يسلم له المبيع بخروجه مستحقًّا لم يخْلُ إما أن يستحق جميعه أو بعضه، فإن استحق جميعه رجع بالثمن علىٰ البائع والضامن؛ لأن ذلك الضَّمان إنما كان لهذه الحالة.

وإن خرج بعضُه مستحقًّا كان البيعُ فِي القدْرِ المستحق باطلًا، وهل يبطل فِي الباقي؟ فيه قولان بناءً علىٰ تفريق الصفقة.

فإن قلنا يبطل فِي الجميع، فإنه يرجع بالقدْرِ الذي قابل القدْرَ المستحق من الثمن عليها، وأما القدْرُ الذي قابل الباقي فإنه يرجع به علىٰ البائع.

وهل يرجع به علىٰ الضامن؟ فيه وجهان؛ أحدهما: لا يرجعُ به عليه؛ لأنه لم يسلم لأجل أن الصفقة لا تتبعضُ لا[1] للاستحقاق، والثاني: أنه يرجعُ به عليه؛ لأن السببَ فِي ذلك الاستحقاقُ الذي حصل فِي بعضه، فصار جميعه فِي معنىٰ خروجه مستحقًّا.

وإن قلنا إنه يبطل فِي القدْرِ المستحق ويصح فِي الباقي، فالمشتري فيه بالخيار؛ لأن الصفقة تبعضت عليه، فإن رده فالحُكْمُ علىٰ ما ذكرنا فيه إذا قلنا إنه يبطل فِي الجميع، وإن أمسكه فالصحيح من القولين أنه يمسكه بحصته من الثمن، ويرجع بالقدْرِ الذي قابل المستحق من الثمن عليهما.

فرع

إذا ضمن البائعُ للمشتري قيمةَ ما يحدثه فِي الأرض التي اشتراها من بناءٍ أو غراسٍ بالغةً ما بلغت لم يصح ذلك لمعنيين؛ أحدهما: أنه ضمان ما

---

(١) في (ص، ف): «إلا» وزيادة الهمزة غلط.

لم يجب، والثاني: أنه ضمان مالٍ مجهولٍ[١]، وكلاهما يُبطِلان الضمان، فإن كانت المسألةُ علىٰ ما ذكرنا غير أنه قال «من درهمٍ إلىٰ ألفٍ» بطل الضَّمانُ لمعنًىٰ واحدٍ وهو أنه ضمان ما لم يجب، وهذا مما يذكره أصحابُ الشروط فِي وثائقهم، وهو غيرُ صحيحٍ علىٰ مذهبنا علىٰ ما بيناه، فإن شرطا ذلك فِي نفس البيع أو فِي مدة الخيار بطل البيع قولًا واحدًا، وإن شرطا ذلك بعد انقطاع الخيار لم يؤثر فِي البيع، ويكون هذا الضَّمان بمنزلة رجلٍ قال لآخر «ضمنتُ لك ما تداين به فلانًا»، فإنه لا يصِحُّ للمعنيين اللذين ذكرناهما[٢].

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المُزني رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ أَخَذَ الضَّامِنُ بِالحَقِّ وَكَانَ ضَمَانُهُ بِأَمْرِ الَّذِيْ هُوَ عَلَيْهِ فَلَهُ أَخْذُهُ بِخَلَاصِهِ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا ضمن رجلٌ عن رجلٍ مالًا، ثم سأله خلاصَه من هذا الضمان، فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون ضمن عنه بأمره وإذنه، أو بغيرِ إذنه.

فإن كان ضمن بغيرِ إذنه لم يكن له أخذُه بتخليصه، سواء طالبه المضمون له أو لم يطالبه؛ لأنه لم يكن له الرجوع عليه إذا غرم، فكذلك ليس له المطالبة بالتخليص إذا طولب، ويقال له «يداك أوكتا وفوك نفخ»[٤].

---

(١) ذكره بحر المذهب (٥/ ٤٧٤).

(٢) هذا كله خلافًا لأبي حنيفة ومالك حيث قالا بجواز ضمان المجهول وما لم يجب.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٦).

(٤) والعرب تقوله لمن عمل شيئًا يوبخ به، قال الزجاج: يقال للرجل إذا وبخ «ذلك بما كسبت يداك» وإن كانت اليدان لم تجنيا شيئًا؛ لأنه يقال لكل من عمل عملًا كسبت يداه؛ لأن اليدين =

وأما إذا كان قد ضمن عنه بأمره؛ فلا يخلو من أحد أمرين، إما أن يكون قد طالبه المضمونُ له[١] بالحق أو لم يطالبه.

فإن كان قد طالبه به؛ كان له أَخْذُه بتخليصه؛ لأنه ضمن عنه بأمره، وقد حصلت المطالبة عليه من جهة المضمون له.

وإن كان المضمونُ له لم يطالبه بالحقِّ فهل له أن يأخذ المضمون عنه بتخليصه أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك، كما قلنا فيه إذا أعاره عبدًا ليرهنه فرهنه؛ كان للمعير مطالبة المستعير الراهن بتخليص عبده وردِّه إليه، وإن كان المرتهن غير مطالبٍ بالحق.

والثاني: ليس له ذلك؛ لأن الوثيقة لم تتعلق بعينٍ من أعيان ماله حتىٰ تتعطل عليه منافعُها؛ فلا غرض له في المطالبة بالتخليص، ويفارق العبد المستعار؛ لأن حق الرهن قد تعلق بعينه، فكان له مطالبتُه بفكاكها[٢].

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ ضَمِنَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَمْرِهِ، ثُمَّ ضَمِنَ عَنِ الضَّامِنِ ضَامِنٌ بِأَمْرِهِ فَجَائِزٌ، وَإِنْ قَبَضَ الطَّالِبُ حَقَّهُ مِنَ الذي عَلَيْهِ أَصْلُ الْمَالِ وَأَحَالَهُ بِهِ بَرِءَا جَمِيْعًا، وَلَوْ قَبَضَه مِنَ الضَّامِنِ الْأَوَّلِ رَجَعَ بِهِ عَلَى الَّذِيْ عَلَيْهِ الْأَصْلُ بَرِئَ مِنْهُ الضَّامِنُ الْأَخِيْرُ، وَإِنْ قَبَضَهُ مِنَ الضَّامِنِ الْأَخِيرِ رَجَعَ بِهِ عَلَى الضَّامِنِ الْأَوَّلِ، وَرَجَعَ بِهِ الْأَوَّلُ عَلَى الَّذِيْ عَلَيْهِ الْأَصْلُ، وَلَوْ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ

= الأصل في التصرف؛ قال الله تعالىٰ: ﴿ذَٰلِكَ بِمَا قَدَّمَتْ أَيْدِيكُمْ﴾ وكذلك قال الله تعالىٰ: ﴿تَبَّتْ يَدَآ أَبِي لَهَبٍ وَتَبَّ﴾.

(١) في (ص، ف): «عنه له» وهو غلط.

(٢) بحر المذهب (٥/ ٤٧٨).

بِحَالِهَا فَأَبْرَأَ الطَّالِبُ الضَّامِنَيْنِ جَمِيْعًا بَرِءَا، وَلَمْ يَبْرَأ الَّذِيْ عَلَيْهِ الْأَصْلُ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَيْسَ بِحِوَالَةٍ، وَلَكِنِ الحَقُّ عَلَى أَصْلِهِ، وَالضَّامِنُ مأْخُوْذٌ بِهِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا ضمن رجلٌ عن رجل مالًا عليه، ثم ضمن عن الضامن ضامنٌ آخر، وضمن عن الثاني ثالثٌ، فذلك كله ضمانٌ صحيحٌ؛ لأن الدين ثابتٌ فِي ذمة كلِّ واحدٍ منهم بالضَّمانِ كثبوته فِي ذمة من عليه أصل الدين.

فإن قيل: الضَّمان وثيقةٌ، ولا يجوزُ أخذ الوثيقة بالوثيقة، ألا ترىٰ أنه لا يجوزُ أخذ الرهن وثيقة بالرهن؟

فالجوابُ: أن الضَّمان إنما صح عن الضامن؛ لأن الدين ثابتٌ فِي ذِمَّته، وليس كذلك فِي الرهن؛ فإن الحق تعلق بعينه، فوِزَانُه من الضَّمان أن يضمن نفس الضامن، وذلك لا يصح.

إذا ثبت هذا؛ فإن قضىٰ الحقَّ بعضُهم سقط عن الباقين، سواء قضىٰ مَن عليه الأصلُ أو الضامنُ الأولُ أو الثاني أو الثالث، لأن الحقَّ إذا سقط بالقضاء أو القبض برئ منه كلُّ موضعٍ تعلق به، ألا ترىٰ أن الحقَّ إذا أداه الراهنُ سقط عن الرهن، وإذا بيع الرهنُ فِي الحق فقضىٰ من ثمنه سقط الحق عن الراهن.

هذا الكلام فِي القضاء، فأما الكلام فِي الإبراء، فإن أبرأ الذي عليه أصلُ الدين برئ الجميع؛ لأن الحقَّ إذا سقط عن الأصل سقط عن الفرع، ولأنه إذا أبرأ الراهن عن الحق انفسخ الرهن، وكذلك إذا أبرأ من عليه الحق برئت الوثيقة، وأما إذا أبرأ الضامنَ الأولَ سقط الحقُّ عنه، وسقط عن الضامن

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٦).

الثاني والثالث لأنهما فرعان للأول، وإذا برئ الأصل برئ الفرع، ولا يبرأ الأصل ببراءة الفرع، ألا ترىٰ أنه إذا فسخ الرهن لم يبرأ الراهن عن الحق؛ لأن الرهن فرعٌ والراهن أصلٌ، وإن أبرأ الضامن الثاني برئ هو والثالث؛ لأن الثالث فرعٌ له، ولا يبرأ الأول ولا من عليه أصل الدين؛ لأنهما ليسا بفرع للضامن الثاني، وإن أبرأ الثالث برئ، ولم يبرأ من عليه أصل الدين ولا الضامن الأول ولا الثاني؛ لما ذكرنا من العلة[١].

وأما الكلامُ فِي الرجوع فقد بيناه فيما مضىٰ[٢]، فغُنينا عن إعادته، والله أعلم.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال المُزَنِي رَحِمَهُ اللهُ: (وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَى رجُلَيْنِ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيْلٌ ضَامِنٌ عَنْ صَاحِبِهِ بِأَمْرِهِ فَدَفَعَهَا أَحَدُهُما يَرْجِعُ بِنِصْفِهَا عَلَى صَاحِبِهِ، فَإِنْ أَبْرَأَ الطَّالِبُ أَحَدَهُمَا مِنَ الْأَلْفِ سَقَطَ عَنْهُ نِصْفُهَا الَّذِي عَلَيْهِ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا كان له علىٰ رجلين ألف درهمٍ علىٰ كلِّ واحدٍ منهما خمسمائة، كلُّ واحدٍ منهما كفيلٌ ضامنٌ عن صاحبه؛ كان للمضمون له أن يطالب أيهما شاء بالألف.

إذا ثبت هذا؛ فإن قضاه أحدهما الألف برءا جميعًا عن الألف؛ لأن الألف واحدٌ، وقد قبضه، فلم يبق له حق فَبَرِءَا جميعًا، وإن شئت قلت: إذا سقط الحقُّ بالقضاء برئ الضامنُ والمضمونُ عنه، وههنا الحقُّ سقط بالقضاء، وبرِءا جميعًا.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٤٨٠).

(٢) تقدم البحث في ذلك (ص ٢٤- ٢٥).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٦).

وإن قضاه نصفها؛ نُظِرَ، فإن قضىٰ الذي عليه أصلًا سقط عنهما جميعًا، وإن قضىٰ الذي عليه فرعًا سقط عنهما جميعًا، وإن اختلفا فقال الذي قضىٰ «إني قضيتُ عن الذي علي أصلًا وعينتُ ذلك بلفظي» أو قال: «بنيتي»، وأنكر ذلك من له الحق وادَّعىٰ خلافه كان القولُ قولَ الذي قضىٰ؛ لأنه اختلافٌ فِي قوله ونيته، فكان هو أعلم به، وأما إذا أطلق ذلك ففيه وجهان:

أحدهما: يتنصف، فيرجع نصفه إلىٰ الذي عليه أصلًا، والنصف الآخر إلىٰ الذي عليه فرعًا؛ لأنه لو عينه عن أحدهما بلفظه أو بنيته تعين، فإذا أطلق رجع إليهما لتساويهما.

والثاني: أن له أن يرده إلىٰ أيهما شاء، كما لو كان عليه كفارتان فأعتق رقبةً ولم يعينها عن أحدهما بعينها كان له أن يردها إلىٰ أيهما شاء.

هذا الكلام فِي القضاء، فأما الكلام فِي الإبراء، فإن أبرأ صاحبُ الحقِّ أحدهما عن جميع الألف برئ عن جميعها، وبرئ الآخر عن الحقِّ الذي عليه فرعًا؛ لأنه إذا برئ الأصل برئ الفرع ولم يبرأ عن الذي عليه أصلًا.

وإن أبرأه عن نصفها نُظِرَ، فإن أبرأه عن الذي عليه أصلًا برئ الآخر منه، وإن أبرأه عن الذي عليه فرعًا لم يبرأ الآخر لما ذكرنا.

وإن اختلفا فِي التعيين بلفظه أو بنيته ، فالقولُ قولُ المشتري؛ لأنه أعلم بلفظه ونيته، وإن أطلق ذلك فعلىٰ الوجهين اللذين ذكرناهما فِي القضاء، فأما الكلام فِي الرجوع، فعلىٰ ما مضىٰ.

فرع

إذا ضمن الحقَّ عن رجلٍ ثم قضاه عنه وثبت له الرجوع، فإنه يُنْظَر؛ فإن كان قضاه بغيرِ جنس الحق الَّذي ضمنه مثل أن يكون الحق دراهم أو دنانير فأعطاه ثوبًا فإنه يرجع عليه بأقلِّ الأمرين مِن قدْرِ الحقِّ وقيمة الثوب، فإن

كان الحقُّ أقلَّ فقد تبرع بالزيادة، ولا يرجع بما تبرع به، وإن كانت القيمة أقل مما غرم فلا يرجع عليه إلا بقدر القيمة، وقد أبرئ عن الزيادة عليها، ولا يجوزُ له الرجوع عليه بما أبرئ عنه، وإن كان قضاه أفضل فِي الصفة مثل أن يكون الحق قُراضة الذهب فقضاه صحيحًا رجع بالقُراضة، وليس له المطالبة بصحيحٍ، لأن تلك صفةٌ زائدةٌ تبرع بها.

فرع

إذا كان لرجلٍ علىٰ رجلين ألفُ درهمٍ، وكلُّ واحدٍ منهما ضامنٌ عن صاحبه، فضمن رجلٌ عن أحدهما ألفًا وقضاها، برئ الجميع؛ لأن المضمون له استوفىٰ حقه، فوجب أن يبرأ الأصلُ والفرع، وليس لهذا الدافع أن يرجع علىٰ من لم يضمن عنه؛ لأنه لم يقض عنه، وإنما قضىٰ عن الآخر الذي ضمن عنه، ثم يُنْظَر فإن كان ضمن عنه بإذنه رجع عليه، وإن ضمن بغيرِ إذنه لم يرجع عليه، وإذا كان بإذنه ورجع عليه فإنه يرجع علىٰ شريكه بنصف الألف الذي ضمنه عنه إن كان ضمنه بأمره.

فرع

إذا ضمن رجلٌ عن رجلٍ ألف درهمٍ، فدفع المضمونُ عنه إلىٰ الضامن عنه ألف درهمٍ، وقال له: «اقض بها دين المضمون له»، فإن الضامن يدفعها إلىٰ المضمون له، ويكون وكيلًا فِي قضاء ذلك الدين، ولو كان قال له: «خذها لنفسك فإذا طالبك المضمونُ له بالألف وغرمتها له كانت هذه عوضًا عنها»؛ فإن أبا العباس بن سُريجٍ قال: فيه وجهان:

أحدهما: يجوز ذلك؛ لأنه حقُّ مالٍ يتعلق بسببين، فإذا وجد أحدُهما جاز تقديمُه علىٰ الآخر، قياسًا علىٰ الزكاة إذا وُجد النصابُ يجوزُ تقديمُها علىٰ الحول، فكذلك حقُّ الرجوع علىٰ المضمون عنه يتعلق بالضَّمانِ بأمره

والغرم، فإذا وجد الضَّمان بأمره جاز تقديمه علىٰ الغرم.

والوجه الثاني: لا يجوزُ أن يأخذ عوض ما لم يغرمه، وإذا قبضه لم يملكه، لأنه لا يجوزُ أن يثبت العوضُ مع عدم المعوض، فإذا قلنا بهذا لم يملكه الضامن، وكانت الألفُ فِي يده مضمونةً لأنه قبضها ببدلٍ فاسدٍ، كما إذا اشترىٰ شيئًا بدمٍ أو نجاسةٍ غيرِهِ، وقبض المبيعَ، فإنه لا يملكه، ويكونُ مضمونًا عليه لأنه قبضه ببدلٍ فاسدٍ، وإذا قلنا يملك الألف كان ملكه مراعًىٰ، فإن قضىٰ ما ضمنه كانت هذه الألف عوضًا عنه، ولم يثبت حق الرجوع، وإن أبرأه المضمون له: لزمه ردها علىٰ المضمون عنه، كما إذا عجل زكاة مائتي درهمٍ، ثم[1] تلف النصاب أو مات هو قبل الحول لم يكن زكاةً، ووجب علىٰ الفقير رده، فكذلك ههنا.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ بَاعَ مِنْ هَذَا الرَّجُلِ وَمِنْ رَجُلٍ غَائِبٍ عَبْدًا وَقَبَضَاهُ مِنْهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ)[2] إلى آخر الفصل.

وهذا كما قال.. إذا ادَّعىٰ رجلٌ علىٰ رجلٍ أنه اشترىٰ منه عبدًا هو وشريكه فلانٌ الغائب بألف درهمٍ، وضمن كلُّ واحدٍ منهما عن صاحبه ما لزمه من نصف الألف بإذنه، وطالب الحاضر بالألف، فإنه لا يخلو من أن يقر بذلك أو ينكره.

فإن أقر به لزمه الألف، فإذا دفعها إليه ثم قدم الغائبُ فإن صدَّقه رجع عليه بالنصف، وإن كذَّبه كان القولُ قولَه مع يمينه، وإذا حلف برئ.

---

(١) ليس في (ص)، والمثبت من (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٦).

وإن أنكره الحاضرُ لم يَخْلُ المدعي من أن يكون له بينة أو لا بينة له، فإن لم يكن له بينةٌ فالقولُ قولُ الحاضر مع يمينه، فإن حلف برئ، وإن قدم الغائب وأنكر حلف أيضًا وبرئ، وإن أقر الغائبُ لزمه نصف الألف - وهو الذي عليه - وأما النصفُ الآخرُ الذي كان ضمنه فقد برئ منه؛ لأن الأصل قد برئ باليمين، وإذا برئ الأصلُ برئ الفرع.

وإن كان للمدعي بينةٌ وأقامها حكم الحاكم علىٰ الحاضر بألف درهم، فإذا قبضت منه ثم قدم الغائب لم يرجع الحاضر عليه، لأنه لما أنكر وكذَّب المدعي فقد اعترف بأنه لا حقَّ له علىٰ الغائب، وأن ما شهدت به البينة زورٌ وبُهتانٌ، وأن ما قبضه المدعي ظلمٌ من جهته وعدوانٌ، فلا يجوزُ أن يرجع به علىٰ الغائب.

إذا ثبت هذا؛ رُوِي عن الشافعي أنه قال[١]: يرجعُ بنصفه علىٰ الغائب، قال أصحابُنا: تأويلُه إذا أقر الحاضرُ بما ادعاه المدعي عليه، وأقام المدعي البينةَ عليه مع كونه مقرًّا به، فيجوز سماعُ البينة فِي هذه المسألة، مع اعتراف الحاضر بذلك ليثبت له المالُ علىٰ الغائب، حتىٰ إذا قدم رجع الحاضرُ عليه بما يلزمه منه.

ويحتملُ أن يكون تأويلُه: أن يسكت المدعىٰ عليه (فلا يجيب)[٢]، فيسمع الحاكمُ البينة، ويغرمه الألف، فإذا قدم الغائبُ رجع عليه بنصفها.

ومِن أصحابِنا مَن قال: يحتمل التأويل أيضًا أن يكذبه الحاضر فِي الشراء فِي حق نفسه، ويسكت عن الضَّمان فِي حق شريكه؛ فيكون له الرجوع عليه إذا قدم.

---

(١) الأم (٣/ ٢٥٧).

(٢) في (ص، ف): «فيجيب» وهو غلط.

إذا ثبت هذا؛ قال المزني[١]: هذا مما يجامعنا عليه من أنكر القضاء علىٰ الغائب.

وقال أبو إسحاق المروزي: ليس فِي هذا بيانٌ واضحٌ فِي الإلزام لهم؛ لأنهم إنما يمتنعون من أن يحكم علىٰ غائبٍ، إذا لم يكن أحدٌ يتجه الحُكْمُ عليه، وههنا الحاضر يتجه الحُكْمُ عليه.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: هذا الذي قاله أبو إسحاق ليس بصحيحٍ؛ لأن المخالف قد حكم علىٰ الغائب بشراء نصف العبد، ووجوب نصف الثمن عليه وضمانه النصف الآخر عن الحاضر، وهذا الحُكْمُ غيرُ الحُكْمِ الذي توجه علىٰ الحاضر، والإلزام صحيحٌ؛ والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ضَمِنَ رَجُلٌ عَنْ رَجُلٍ بِأَمْرِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ عَلَيْهِ لِرَجُلٍ فَدَفَعَهَا بِمَحْضَرِهِ ثُمَّ أَنْكَرَهُ الطَّالِبُ أَنْ يَكُونَ قَبَضَ شَيْئًا حَلَفَ، وَبَرِئَ، وَقَضَى عَلَى الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِدَفْعِ الْأَلْفِ إِلَى الطَّالِبِ، وَيَدْفَعُ الْأَلْفَ إِلَى الضَّامِنِ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَهَا بِأَمْرِهِ، وَصَارَتْ لَهُ دَيْنًا عَلَيْهِ، فَلَا يُذْهِبُ حَقَّهُ ظُلْمُ الطَّالِبِ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا ضمن رجلٌ ألف درهمٍ بأمره وأداها إلىٰ المضمون له، ثم إنه أنكر قبْضَها فلا يخلو الدفعُ إليه من أحد أمرين؛ إما أن يكون بحضرة المضمون عنه، أو فِي غيبته.

فإن كان بحضرتِهِ فإن القولَ قولُ المضمون له مع يمينه؛ لأن الأصل أنه

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

لم يقبضه، وعلىٰ المدعي البينة، ولا تقبل شهادة المضمون عنه؛ لأنه يجر إلىٰ نفسه بشهادته نفعًا فإنه تبرأ ذِمَّته، ويسقط عنه الدين.

إذا ثبت هذا فحلف المضمونُ له كان له أن يطالب أيهما شاء، فإن طالب المضمونَ عنه بالألف فدفعها إليه لزمه أن يدفع ألفًا أخرىٰ إلىٰ الضامن؛ لأنه قد غرمها عنه بأمره من غير تفريطٍ من جهته، فيحصل علىٰ المضمون عنه غرامة ألفي درهمٍ، وإن طالب الضامنَ فدفعها إليه لزمه أن يدفع ألفًا أخرىٰ إلىٰ الضامن؛ لأنه قد غرمها عنه بأمره من غير تفريطٍ من جهته فيه، فيحصل علىٰ المضمون عنه غرامة ألفي درهمٍ، وإن طالب الضامنَ بالألف فدفعها إليه رجع علىٰ المضمون عنه بالألف الأولىٰ؛ لأنه مقِرٌّ بأن الثانية ظلمٌ من جهة المضمون له، فلا يرجع بالظلم علىٰ غير الظالم.

هذا إذا دفعها بمحضرٍ من المضمون عنه، فأما إذا دفعها إلىٰ الضامن فِي غيبة المضمون عنه، وأنكر المضمون له، فلا يخلو من أن يكون قد أشهد عليه، أو لم يشهد عليه.

فإن لم يشهد عليه؛ فإن القولَ قولُه مع يمينه علىٰ ما تقدم بيانه، فإذا حلف كان له أن يطالب أيهما شاء، فإن طالب المضمونَ عنه فقبض منه ألف درهمٍ فإن ما أداه الضامنُ إلىٰ المضمون له هل يرجعُ به علىٰ المضمون عنه يُنْظَرَ فيه، فإن كذَّبه كان عليه البينة، والقولُ قولُ المضمون عنه مع يمينه، وإن صدَّقه علىٰ ذلك فإن أبا علي بن أبي هريرة قال: يحتمل وجهين؛ **أحدهما**: أنه لا يرجع به علىٰ المضمون عنه بذلك، **والثاني**: يرجعُ به عليه.

وقال أبو إسحاق المروزي: لا يرجع به عليه لأنه أمره بالدفع الذي يبرئ ذِمَّته، فإذا دفع إليه ولم يشهد عليه فقد دفع دفعًا لا يبرئه، وهذا تضييعٌ من

جهته فلا يستحق به الرجوع، قال: ويخالف هذا إذا كان[١] الدفع بمحضرٍ من المضمون عنه؛ لأنه إذا حضر فكأنه هو الدافع بيده والمُفَرِّط بترك الإشهاد، فلزمه الضمان.

وإذا قلنا بالوجه الذي خرَّجه ابنُ أبي هريرة فوجهُهُ أنه صدَّقه علىٰ الدفع، وبراءة ذِمَّته بدفعه بأمره، فلزمه أن يعطيه بدله. هذا إذا طالب المضمونَ عنه.

وأما إذا طالب الضامنَ بالألف فدفعها إليه، فإذا قلنا إنه يرجعُ بالألف الأولىٰ فيما مضىٰ رجع ها هنا به.

وإذا قلنا إنه لا يرجع فهل يرجع ههنا؟ اختلف أصحابُنا فيه:

فمِنهُم مَن قال: لا يرجع؛ لأن الضامنَ يقِرُّ بأن الثاني ظلمه، وقد قلنا إنه لا يرجعُ بالألف الأولىٰ، فإذا كان كذلك لم يكن له الرجوعُ.

ومِنهُم مَن قال: يرجعُ؛ لأنه قد برئت ذِمَّته بقضاء دينه من ماله بأمره، فوجب أن يثبتَ حقُّ الرجوع.

فإذا ثبت هذا، فقد اختلفوا بأي العينين يرجع؟

فقال القاضي أبو حامدٍ: يرجعُ بالألف الثانية؛ لأن المطالبة سقطت عنه، وحكم ببراءته بها، فوجب الرجوع بذلك.

ومِن أصحابِنا مَن قال: يرجع بالألف الأولىٰ؛ لأن الذي سقط عنه بها فِي الباطن، وفيما بينه وبين الله تعالىٰ، فإذا وجب الرجوع كان الرجوعُ بها أولىٰ، والأول أصح، هذا إذا لم يشهد عليه.

فأما إذا أشهد عليه؛ نُظِر، فإن أشهد عليه بذلك شاهدين عدلين، فإن كانا

---

(١) زيادة ضرورية.

حاضِرَيْنِ أقامهما عليه بالقضاء، فإذا شهدا بذلك ثبت القضاء، وكان له الرجوع عليه بالألف، وإن كان الشاهدان غائبين أو ميتين فإن القولَ قولُ المضمون له مع يمينه، فإذا حلف كان له أن يطالبَ أيهما شاء علىٰ ما ذكرنا، وكان للضامن الرجوعُ علىٰ المضمون عنه بالألف التي حصلتْ بها الشهادة؛ لأنه مُفَرِّط فِي قضاء الحق بها، كما لو وزن له المال بحضرة المضمون عنه.

وإن أشهد عليه عبدين أو كافرين أو من لا تصح شهادتُهما مثل الفاسقين فسقًا ظاهرًا، كانت تلك الشهادة كَلَا شهادةٍ، فيكون الحُكْمُ علىٰ ما ذكرنا إذا لم يشهد.

فأما إذا كان فسقُ الشاهدين باطنًا ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يكونُ مفرِّطًا فِي ذلك؛ لأن البحث عن البواطن إلىٰ الحكام دون غيرهم، والذي عليه أن يُشْهِد شاهِدَيْنِ لا يعرف فسقهما فِي الظاهر، وقد فعل ذلك، فعلىٰ هذا يكون الحُكْمُ فيه كما لو أشهد عدلين ظاهرًا وباطنًا، ثم ماتا أو غابا.

والثاني: أنه يكونُ مفرِّطًا فِي ذلك؛ لأنه أشهد عليه بالقضاء شاهِدَيْنِ لا يثبت بهما الحق، فهو كما لو أشهد عبدين أو كافرين.

فأما إذا أشهد عليه بذلك شاهدًا واحدًا، فإن كان حيًّا حاضرًا شهد له بذلك، وحلف معه، وثبت له الحق، وإن مات أو غاب ففيه وجهان:

أحدهما: يرجعُ بالألف الأولىٰ؛ لأنه ما فرط فِي ذلك؛ لأن الشاهد الواحد مع اليمين حجة تثبت بها الأموال فيكون الحُكْمُ فيه كما لو أشهد عليه شاهدين عدلين وماتا أو غابا.

والوجه الثاني: أنه يكونُ مُفَرِّطًا فِي ذلك، فلا يرجعُ عليه بالألف الأولىٰ، ويكون فِي معنىٰ ما لو لم يشهد؛ لأن الشاهد مع اليمين ليس بحجةٍ عند

جميع الحكام [فإذا عدل إليها عن الشهادة التي هي حجة عند جميع الحكام][١] كان مفرِّطًا فيها[٢]، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ **قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ضَمِنَ لِرَجُلٍ مَا قَضَى لَهُ بِهِ عَلَى آخَرَ أَوْ مَا شَـهِدَ بِـهِ فُـلَانٌ عَلَيْهِ). قَالَ الشَّافِعِيُّ: (لَا يَجُوزُ، هَذَا مُخَاطَرَةٌ)[٣].**

وهذا كما قال.. لا يصِحُّ ضمان المجهول، سواء كان واجبًا فِي حال الضَّمان أو غير واجبٍ، ولا يصِحُّ ضمان ما لم يجب، سواء كان معلومًا أو مجهولًا.

فأما المجهولُ الذي ليس بواجبٍ، فمثل أن يقول: «ضمنت لك ما تعامل به فلانًا وما تداينه به»، فهذا لا يصِحُّ لمعنيين؛ **أحدهما:** جهالته، **والثاني:** كونه غير واجبٍ فِي الحال، وأما المجهولُ الواجبُ، فمثل أن يقول «أنا ضامنٌ لما يقضي به لك القاضي علىٰ فلانٍ»، أو «ما تشهدُ لك به البينة من المال عليه»، أو «ما يكونُ فِي روزنامه[٤] يحل عليه»؛ فهذا لا يصِحُّ ضمانه لأنه مجهول القدْر.

هذا مذهبُنا، وبه قال سفيانُ الثوري وابنُ أبي ليلىٰ والليثُ بن سعد وأحمدُ بن حنبل[٥].

---

(١) ليس في (ص)، والمثبت من (ف).

(٢) ينظر بحر المذهب (٥/ ٤٨٥ - ٤٨٧).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

(٤) الروزنامة مركبة من «روز» أي يوم، و«نامه» أي كتاب، والمراد تقويم السنة، وحساب أيام السنة، وتقسيم الأزمنة وحساب الأوقات وما يتعلق بها، يعني أنه كُتَيِّب يتضمن معرفة الأيّام والشهور وأوقات طلوع الشمس والقمر علىٰ مدار السنة.

(٥) ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/ ٢٦٣).

وقال مالك وأبو حنيفة: يصح ضمان ذلك[١].

واحتج من نصرهما بما رُوِي عن النبي ﷺ أنه قال: [«**الزعيمُ غارمٌ**»[٢]، وهذا زعيم فوجب أن يكون غارمًا، ورُوِي عنه ﷺ أنه قال][٣]: «**المُؤمنون عندَ شروطِهِم**»[٤].

ومن القياس: أن الضَّمان يصحُّ تعليقُه بغرر وخطر؛ فوجب أن يكون فِي المجهول كالعتق والطلاق.

وأيضًا، قالوا: قد جوزتم ضمان العهدة[٥] - وهو مجهولٌ - وليس بواجبٍ فِي حال الضمان، فكذلك ههنا.

قالوا: ولأنهم لو كانوا فِي البحر، فثقل المركبُ، وخافوا الغرقَ، فقال بعضهم لمن معه متاعٌ: «ألقِ متاعك فِي البحر وعليَّ ضمانه» فإن ذلك يصح، وهذا ضمان ما ليس بواجبٍ فِي حال الضمان، ولا فرق بينه وبين مسألتنا.

ودليلُنا ما رُوِي عن النبي ﷺ أنه نهىٰ عن الغرر[٦]، وفِي ضمان المجهول المجهول غررٌ؛ لأنه لا يدري كم قدرًا من المال يضمن؟ فوجب أن يكون منهيًّا عنه.

ومن القياس: أنه إثبات مالٍ بعقدٍ لآدمي، فوجب أن لا يصِحَّ مجهولًا قياسًا علىٰ الثمن فِي البياعات والأجرة فِي الإجارات.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٤٨٨).

(٢) أخرجه أحمد (٢٢٢٩٤)، وأبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (٢١٢٠) عن أبي أمامة رضي الله عنه.

(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٤٥٤) وأبو داود (٣٥٩٤) بنحوه، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) ينظر (ص ٢١- ٢٣) في حكم ضمان العهدة.

(٦) أخرجه مسلم (١٥١٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

فإن قيل: هذا يُنْتَقَضُ بمهر المثل، فإنه يثبت بعقدٍ لآدمي، ومع ذلك فهو مجهولٌ؟ **فالجوابُ**: أنا قد احترزنا منه بشيئين:

أحدهما: أنا قلنا «إثبات مالٍ» ومهر المثل يثبت بنفسه من غير إثباتٍ من جهة أحدٍ.

والثاني: أنا قلنا «بعقدٍ»، ومهر المثل لا يثبت بعقدٍ، وإنما يثبت عوضًا من تلف البضع؛ لأنه بنفس العقد، وصار بمنزلة المستهلك، فوجب قيمته وهي مهر المثل.

فإن قيل: أليس إذا تزوجها علىٰ مهر المثل وجب عليه هذا المثل؟

فالجواب: أن هذا غلطٌ؛ لأن الرجل إذا تزوج المرأة علىٰ مهر المثل لا يصِحُّ الصداق، ويثبت لها بعقد النكاح مهر المثل؛ لأن البُضْع صار بمنزلة التالف، فأما أن يثبت مهر المثل بشرطه فلا، ويكونُ ذلك بمنزلة رجلٍ قال لرجل: «اشتريتُ منك هذا الثوب بقيمته»، ثم قبضه وأتلفه، فيجب عليه قيمتُهُ؛ لا من حيث أنه اشتراه بها، ولكن من حيث أن الثوب تلف فوجبت قيمته، كذلك ههنا.

والذي يدلُّ علىٰ أن مهر المثل لا يجوزُ أن يتزوجها عليه أنه مجهولٌ عند المرأة وعند الزوج، وما هو مجهولٌ عندهما لا يجوزُ أن يجعلاه عوضًا فِي النكاح؛ فبطل السؤال.

وأيضًا، فإنها وثيقةٌ فِي مالٍ فوجب أن لا تصِحَّ مع الجهالة، كالرهن، ولأنه ضمان مالٍ مجهولٍ فوجب أن لا يصِحَّ مع جهالته، كما لو قال: «ضمنتُ بعضَ مالك علىٰ فلانٍ». فإن ذلك لا يصِحُّ بالإجماع.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أن البعض لا يصير معلومًا فِي باقي الحال فلذلك لم يصح ضمانه، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإن ما يحكم به الحاكم

مما يشهد به الشُّهود، وما يخرجه الحساب، وما يداين به فلانًا يصير معلومًا فِي الباقي، وهو إذا حكم الحاكم فقامت البينة وفرغا من الحساب واستقرض منه المال؟

فالجوابُ: أن هذا غلطٌ؛ لأن البعض يصير معلومًا؛ لأنه يرجع فِي تفسيره إليه، فبأي شيءٍ فسره قُبِل منه وصار معلومًا كما بينوه فِي مسألتنا، ومثل ذلك فِي الأصول كثيرٌ، ألا ترىٰ أن الإقرار بالمال مجهولًا يصح، ويصير معلومًا بتفسير المقر، وكذلك من نذر نذرًا مجهولًا يصح، ويصير بتفسيره معلومًا، كذلك ههنا.

ولو كان يصح فِي الكل مع الجهالة لصح فِي البعض مع الجهالة، ألا ترىٰ أن الوصية لما صحَّت فِي مجهول الجملة صحَّت فِي البعض منها.

فأما الجوابُ عن احتجاجهم بقوله ﷺ: «الزعيمُ غارمٌ»، فهو أنَّا لا نسلِّم أن هذا زعيمٌ، فليدلوا علىٰ زعامته حتىٰ يصح لهم الاستدلال.

وأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» فهو أنه روي فيه «**ما وافق الحقَّ منها**»[1]، وهذا الشرطُ ما وافق الحقَّ، فوجب أن لا يكون المشترط عنده.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على العتق والطلاق، فهو أنَّا لا نسلِّم أن الضَّمان يتعلق بغررٍ وخطرٍ؛ لأن الغرر والخطر تعليقه بما يكون فِي الباقي، وعندنا لا يصِحُّ ذلك فِي الضمان، فإنه لو قال «إذا تدين فلانٌ فلانًا فأنا[2] ضامنٌ لما لك عليه من الدين»، و«إذا جاء رأس الشهر فأنا ضامنٌ لما لك علىٰ فلانٍ» فإنه لا يصِحُّ الضمان.

---

(١) ينظر الإرواء (٥/ ١٤٣ - ١٤٦) رقم (١٣٠٣).

(٢) زيادة ضرورية.

فإن قيل: الدليلُ علىٰ أنه يصحُّ تعليقُ الضَّمان بغررٍ وخطرٍ أن ضمان العهدة يصح، وهو ضمانٌ متعلقٌ بما يحدث فِي الثاني من استحقاقٍ ودعوىٰ.

فالجواب: أن هذا لا يصح؛ لأنه إن ضمن العهدة فِي الثمن قبل تسليمه إلىٰ البائع لم يصح؛ لأنه لم يصِرْ واجبًا، وإن ضمنه بعد التسليم فقد صار واجبًا علىٰ البائع رده، إن كان المبيع مستحقًّا من حين قبضه فِي حكم الله، فهو لم يضمن إلا ما وجب فِي حال ضمانه.

فإن قيل: فهو لا يعلم مقدار ما يضمن من الثمن، فإنه ربما استحق البعض؟ **فالجواب**: أن الضامن يحصلُ علىٰ جملة الثمن، فإذا خرج البعضُ مستحقًّا وجب غرامة بعض المضمون، فلم يمنع ذلك من صحة الضمان، وعلىٰ أن المعنىٰ فِي الأصل أن للطلاق والعتاق تغليبًا وسِرايةً، فلذلك صح فِي المجهول، والضَّمان بخلافه، فافترقا.

وأما الجوابُ عن ضمان العهدة، فقد تقدم[١].

وجوابٌ آخر، وهو أنه أجيز للحاجة الماسَّة إليه، فإنه لا يمكنُ ضمانُ العهدة بعد استحقاق المبيع، ولا يقدم أحدٌ علىٰ ضمان ذلك فِي هذه الحال، فأُجيز للضرورة قبل الاستحقاق، وفِي مسألتنا ليس فِي ضمانه بعدما يصير معلومًا ضررٌ؛ فلم يصح مع الجهالة.

وأما الجوابُ عن احتجاجهم بقول القائل: ألق متاعك فِي البحر وعلي ضمانُه، فهو أن هذا ليس بضمانٍ، وإنما هو بذل مالٍ لغرضٍ صحيحٍ - وهو النجاة من الغرق - والذي يدلُّ علىٰ الفرقِ بينه وبين الضمان أنه لا يصيرُ بنفس هذا القول ضامنًا للمتاع إلا بعد أن ينضاف إليه إلقاءُ المتاع فِي البحر، ولو كان ضمانًا لوجب عليه ضمانُ المتاع بنفس قوله «ألقه وعليَّ ضمانُه»

---

(١) تقدم البحث في ذلك (ص ٢١- ٢٣).

كما يقول «ضمنتُ ما لك علىٰ فلانٍ من الدين الذي هو كذا وكذا» فإنه يلزمه المال بمجرد هذا اللفظ من غير أن ينضاف إليه فعلٌ آخر؛ فدل علىٰ الفرقِ بينهما، والله أعلم.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللهُ : (وَلَوْ ضَمَنَ دَيْنَ مَيِّتٍ بَعْدَمَا يَعْرِفُهُ وَيَعْرِفُ[1] لِمَنْ هُوَ فَالضَّمَانُ لَازِمٌ، تَرَكَ الْمَيِّتُ شَيْئًا أَوْ لَمْ يَتْرُكْ)[2].

وهذا كما قال.. يصحُّ الضَّمان عن الميت، سواء خلَّف وفاءً أو لم يخلِّفْ، وبه قال مالكٌ وأبو يوسف ومحمدٌ[3].

وقال أبو حنيفة وسفيان الثوري: لا يصِحُّ الضَّمان عن الميت إذا لم يخلِّفْ وفاءً بمال أو ضامن، فإن خلف وفاءً بمالٍ أو ضامن صحَّ الضَّمانُ عنه[4].

واحتج من نصرهما بأن الموت معنىٰ يسقط المطالبة والملازمة بالدين؛ فوجب أن يمنع صحة الضمان، قياسًا علىٰ الإبراء؛ فإنه إذا أبرأ من عليه الدين لم يصح الضَّمان عنه.. **قالوا:** ولأنه إذا مات ولم يخلِّفْ وفاءً سقط الدين؛ لأن ثبوت الدين إنما هو فِي أحد محلين؛ إما المال، أو الذمة، ولا مال لمن لم يخلِّفْ وفاءً ولا ذمة له؛ لأن ذِمَّته تبطل بموته، بدليل أنه لا يتجدد عليه بعد موته وجوبٌ، فإذا ثبت أن ذِمَّته بطلت ثبت سقوط الدين،

---

(١) زيادة ضرورية .

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

(٣) زاد في بحر المذهب (٥/ ٤٨٩): وابن أبي ليلىٰ .

(٤) ذكره الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء (٤/ ٢٦٠) وانتصر للقول الآخر موافقة للسنة، فقال: قد أجاز النبي ﷺ الضمان عن الميت الذي لم يترك شيئًا.

ولا يصِحُّ الضَّمان بعد سقوط الدين.

وأيضًا، فإن الضَّمان لا يصِحُّ عن المكاتب، وذِمَّته أقوىٰ من ذمة الميت، فأولىٰ أن لا يصحَّ الضَّمان عن الميت.

ودليلُنا حديث أبي قتادة وحديث علي، وقد تقدم ذِكْرُهما[١]، ووجهُ الدليلِ منهما أيضًا أنهما ضمنا عن الميت، وجوَّز النبي ﷺ ذلك مطلقًا من غير استفصالٍ، فدل علىٰ أن الحُكْمَ لا يختلف .

فإن قيل: يحتمل أن يكون ذلك الميت خلَّف وفاءً، فلذلك جوز الضَّمان عنه، **فالجوابُ**: أن النبيَّ ﷺ لم يستفْصِلْ ذلك، ولو كان الحُكْمُ يختلف فيه لاستفصله، ولَمَا كان يمتنعُ من الصلاة عليه قبل معرفة حاله؛ لأنه لم يكن يمتنع من الصلاةِ علىٰ مَن خلَّف وفاءً.

فإن قيل: إنما كان ذلك إخبارًا عن ضمانٍ سابقٍ، فإذا ثبت أن الضَّمان كان سابقًا لم يكن لهم فيه حجة، **فالجوابُ**: أنه قد روي فِي خبر أبي قتادة: «فتحملهما أبو قتادة»[٢] وهذه اللفظة لا تصلح إلَّا لابتداءِ الضمان.

وجوابٌ آخر، وهو أنهم إذا حملوه علىٰ هذا التأويل أدىٰ إلىٰ تخطئة النبي ﷺ فِي الامتناع من الصلاة، وإذا حملناه علىٰ ابتداء الضَّمان لم يؤد إلىٰ ذلك، فكان حملُه علىٰ ما ذكرناه أولىٰ.

وأيضًا، فإن فِي حديث علي أن النبيَّ ﷺ قال له: «**فكَّ اللهُ رهانَك كما فككتَ رهانَ أخيك**»[٣]، وأراد به الفكاك من احتباسه عن الصلاة عليه، ولو كان الضَّمان سابقًا لم يكن هناك فكاكٌ عن الاحتباس بالضَّمانِ.

---

(١) سبق تخريجه (ص ٨) .

(٢) أخرجه البيهقي (١١٤٠٥).

(٣) سبق تخريجه (ص ٨).

وأيضًا، فإن النبيَّ ﷺ لم يستفصِلْ حال الضمان، فلو كان حكمه يختلف بابتداء الضَّمان واستدامته لقال: هما عليك بضمان سابق أو مبتدأ، وفِي سكوته عن ذلك دليل علىٰ ما ذكرناه.

ويدل علىٰ ذلك أيضًا ما رُوِي عن أنسٍ رضي الله عنه قال: من استطاع منكم أن يموت ولا دين عليه فليفعل؛ فإني رأيتُ رسولَ الله ﷺ أُتي بجنازةٍ ليصلي عليها فقال: «**هل عليه دينٌ؟**» قالوا: نعم. قال: «**فما تنفعُه صلاتي، وهو مرتهنٌ بدَينِهِ؛ فلو أن أحَدَكم يضمنُ عنه صليتُ عليه**[١] **كان تنفعُه صلاتي**»[٢]، وهذا صريحٌ فِي جواز ابتداء الضَّمان بعد موت المضمون عنه.

ومن جهة المعنىٰ: أن كلَّ من صحَّ الضَّمانُ عنه إذا كان له وفاءٌ صح (ولو لم)[٣] يكن له وفاء؛ قياسًا علىٰ الحي، ولأن كلَّ دينٍ يصحُّ ضمانُه عن الحي صح ضمانُه عن الميت، الدليلُ عليه: إذا كان له وفاءٌ؛ ولأن كلَّ من صحَّ الضَّمانُ عرضًا منه صحَّ الضَّمانُ عنه إذا لم يكن له وفاء كالحي.

وأيضًا، فإنا ندل علىٰ أن ذِمَّته باقية بعد موته تتعلق بها، فنقول: روىٰ أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «**نفسُ الميتِ معلقةٌ بدَينه حتى يُقضى عنه**»[٤]، ولأن الدين لو كان يسقط عن ذِمَّته بموته لوجب أن يسقط عن الضامن؛ لأن الدين إذا سقط عن الأصل سقط عن الفرع، ولما أجمعنا علىٰ أن الدين باقٍ علىٰ ضامنه الذي ضمنه فِي حال الحياة دل ذلك علىٰ أن ذِمَّته باقية بعد

---

(١) ليس في (ص).

(٢) أخرجه أبو يعلىٰ (٤٢٤٤)، والطبراني في «الأوسط» (٥٢٥٣)، والبيهقي (١١٤٠٦) وإسناده ضعيف كما شرحه البيهقي رحمه الله.

(٣) في (ص، ف): «ولم».

(٤) أخرجه الشافعي (٦٠٦) وأحمد (١٠٥٩٩) والترمذي (١٠٧٨، ١٠٧٩) وابن ماجه (٢٤١٣) وحسنه الترمذي.

موته، وأن الدين متعلق بها.

ويدلُّ عليه أيضًا أن من عليه دينٌ إذا خلَّف وفاءً فأبرأه المضمون له صح إبراؤه وسقط الدينُ عن تركته، فلو كان الدينُ قد سقط عن ذِمَّته وتعلق بتركته لوجب أن لا يسقط عن التركة بإبرائه الذمة؛ لأنه يبرئ غير محل الوجوب، ألا ترىٰ أن المجني عليه إذا أبرأ السيد لم يبرأ العبد الجاني، ولم يسقط الأرش عنه، وإذا أبرأ العبد سقط حقه من الأرش عنه؛ لأنه أبرأ محل الحق، فلما أجمعنا علىٰ صحة هذه البراءة دل ذلك علىٰ أن محل الحق من ذِمَّته باقٍ؛ فإن الحق ثابتٌ.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم على الإبراء بعلة أنه معنى يسقط المطالبة والملازمة، فهو أنه يُنْتَقَضُ بالجنون[1]؛ فإن من عليه الحق إذا جُن سقطت مطالبتُه وملازمتُه، ولا يسقط الحقُّ، ثم المعنىٰ فِي الإبراء أنه لا يصِحُّ بعده إبراءٌ، فعلم بذلك سقوط الدين، وأما الموتُ فيصح الإبراء بعده، فدل علىٰ أن الدين باقٍ.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن الذمة قد بطلت بموته، فهو أنَّا لا نسلِّم ذلك، وعندنا أن ذِمَّته باقيةٌ، بدليل ما ذكرناه من صحة الإبراء وثبوت الدين علىٰ الضامن عنه.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنه لا يتجدد عليه الوجوب بعد موته، فهو أنه قد يتجدد ذلك، وهو إذا حفر بئرًا ثم مات فوقع فيها إنسانٌ كان الضَّمان فِي تركته.

فإن قيل: إنما لزمه ضمان ذلك لأن السبب قد وُجِد منه حال الحياة؟ **فالجواب:** أن الحقَّ إنما يجب بالسبب، والسببُ إنما يوجد فِي حال الحياة،

---

(١) في (ص، ف): «بالحيوان» وهو تحريف ظاهر.

فأما بعد الوفاة فإن السبب لا يوجد منه، لكن الحق فِي تلك الحالة يجب.

وجوابٌ آخر، وهو أنه لا يمتنع أن لا يتجدد عليه وجوب حق، ومع ذلك يبقىٰ وجوب حق عليه، ألا ترىٰ أن الجنون يمنع أن يجب علىٰ المجنون العبادات، ولا يسقط عنه ما كان واجبًا عليه من العبادات.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن ذمة المكاتب أقوى فمن وجهين؛ أحدهما: أن المكاتب لا يصِحُّ الضَّمان عنه، وإن كان له وفاءٌ فلم يصح أيضًا، وإن لم يكن له وفاء، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ فإن الميت يصح الضَّمان عنه إذا كان له وفاء، فكذلك إذا لم يخلِّفْ وفاء، **والثاني**: أن الدين علىٰ المكاتب ليس بمستقر، فلم يصح أن يضمن عنه، والدين الذي علىٰ الميت مستقر فصح أن يضمن عنه، وبان الفرقُ بينهما، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا يَجُوزُ كَفَالَةُ الْعَبْدِ الْمَأْذُوْنِ لَهُ فِي التِّجَارَةِ)[1].

وهذا كما قال.. العبد إذا ضمن فلا يخلو من أن يكون مأذونًا له فِي التجارة، أو غير مأذونٍ له، فإن كان غير مأذونٍ له فِي التجارة فلا يخلو من أن يضمن بإذن سيده، أو بغيرِ إذنه.

فإن ضمن بغيرِ إذنه فهل يصح الضَّمان أم لا؟ قال أبو سعيدٍ الإصطخري وابن سريجٍ: لا يصِحُّ ضمانه، حكىٰ ذلك أبو علي الطبري، وقال أبو علي ابن أبي هريرة: إنه يصح، وحكي ذلك عن أبي إسحاق المروزي.

فإذا قلنا يصح؛ فوجهُهُ أن العبد رشيدٌ مكلَّفٌ، وإنما مُنع من التصرف لأجل حق سيده، فإذا تصرف فِي ذِمَّته وجب أن يصح لأنه لا ضرر علىٰ

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

السيد فِي ذلك، ألا ترىٰ أنه إذا أقر علىٰ نفسه بإتلاف مالٍ لزمه المالُ فِي ذِمَّته يُتبع به إذا أعتق، فكذلك ينبغي أن يصح ضمانُه[١].

وإذا قلنا لا يصِحُّ ضمانه؛ فوجهُهُ أنه إثباتُ[٢] مالٍ لآدمي بعقدٍ، فوجب أن لا يصحَّ من العبد بغيرِ إذن سيده، قياسًا علىٰ المهر.

وأما ما قلناه للوجه الأول من أنه لا ضرر علىٰ السيد فِي ثبوت المال فِي ذمة العبد، فالجواب عنه أنه ليس كذلك، بل عليه فيه ضررٌ؛ لأن ذمة العبد تصير مشغولة، والدين الذي عليه يمنع الإرث بالولاء إذا مات بعد العتق؛ لأن الدين مقدمٌ علىٰ الميراث، ويفارق الإقرارَ بالمال؛ لأن ذلك إخبارٌ عن مالٍ واجبٍ عليه، وهذا إثبات مالٍ بعقدٍ، وقد فرقنا بينهما، ألا ترىٰ[٣] أنه لو أقر علىٰ نفسه بمهرٍ لزمه ذلك فِي ذِمَّته، ولو عقد النكاح بمهرٍ لم يلزمه ذلك المهر، ولم يصح العقد؛ فبان الفرقُ بين الإقرار وبين العقد.

وهكذا الوجهان فِي استقراضه وشرائه بثمنٍ فِي ذِمَّته، فإذا قلنا لا يصِحُّ ضمانه، فلا كلام، ووجود ذلك الضَّمان منه وعدمه سواء، وإذا قلنا يصح ضمانه فإن المال يلزمه فِي ذِمَّته يتبع به إذا أعتق.

وأما إذا ضمن ذلك بإذن سيده صحَّ الضَّمانُ وجهًا واحدًا؛ لأن المنع من صحته كان لحقه، فإذا أذن فيه فقد أسقط حقه فصح العقد كما قلنا ذلك فِي النكاح، فإذا ثبت أن الضَّمان يصح فبأي شيءٍ يتعلق المال؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: يتعلق بذِمَّته؛ لأن محل المال الذمة، وإنما منعنا عن ثبوته لضمانه بغيرِ إذن السيد لحق السيد، فإذا أذن فيه أفاد الإذن الصحة، والمحل علىٰ ما

---

(١) والأصل في ذلك أن من صح بيعه صح ضمانه.. بحر المذهب (٥/ ٤٩٠).

(٢) في (ص، ف): «إتلاف» وهو تحريف ظاهر.

(٣) ليس في (ص)، والمثبت من (ف).

كان، **والوجه الثاني**: أنه يتعلقُ بكسبه كما قلنا فِي المهر والنفقة.

هذا إذا أطلق، فأما إذا عيَّن مال الضَّمان فِي كسبِهِ أو فِي رقبته أو فِي مال غيرهما مِن أموالِهِ تعيَّن فيه، ووجب[1] قضاؤه منه، وكذلك الحر إذا ضمن فعين قضاء مال الضَّمان فِي مالٍ من أمواله لزمه أن يقضيه منه؛ لأن الوثيقة إذا عُينت فِي المال تَعَيَّنَتْ كما قلنا فِي الرهن.

هذا إذا كان العبدُ غيرَ مأذونٍ له فِي التجارة، فأما إذا كان مأذونًا له فيها فالحُكْمُ علىٰ ما ذكرنا فيه إذا كان غير مأذونٍ له فيها إذا ضمن بإذنه وبغير إذنه، غير أن الموضعَ الذي جعلنا محل الضَّمان فيه كسبه فإنا نجعله ههنا فِي المال الذي فِي يده؛ لأنه من كسبه، وإنما سوينا بين المأذون له فِي التجارة وغير المأذون لأن الإذن فِي التجارة لا يفيد الإذن فِي الضمان؛ لأن الضَّمان تبرع بالتزام مالٍ لا يلزمه فلم يكن فرقٌ بين أن يكون مأذونًا له فِي التجارة أو غير مأذونٍ له، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِذَا ضَمِنَ عَنْ مُكَاتِبٍ أَوْ[2] مَالًا فِي يَدِي وَصِيٍّ أَوْ مُقَارِضٍ أَوْ ضَمِنَ أَحَدُ ذَلِكَ مِنْهُمْ عَنْ نَفْسِهِ فَالضَّمَانُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بَاطِلٌ)[3].

وهذا كما قال.. إذا ضمن مال الكتابة عن المكاتب لم يصح، لأن مال الكتابة غير لازم للعبد، والضَّمان التزام مالٍ، وهو فرعٌ، فلا يجوزُ أن يكون المال غير ثابتٍ فِي الأصل، ويصير ثابتًا فِي الفرع، فإذا ضمن عن المكاتب مالًا عليه من معاملةٍ صحَّ الضَّمانُ لأنه مالٌ لازمٌ له، وإن ضمن المكاتب

(١) في (ص، ف): «ووجوب» وهو تحريف ظاهر.

(٢) في (ص، ف): «و» والمثبت من المختصر والحاوي والبحر.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

مالًا فالحُكْمُ فِي ضمانه كالحُكْمِ فِي ضمان العبد، وقد بيناه.

وإن ضمن مالًا عن العبد مثل أن يكون العبد أقر علىٰ نفسه بمالٍ لزمه صحَّ الضَّمانُ عنه، لأن المال لازمٌ للعبد متعلقٌ بذِمَّته.

فأما من فِي يده أمانةٌ كالمقارض والوصي والمودع والشريك والوكيل، إذا ضمن عنهم ضامنٌ لم يصح، لأن المال فِي أيديهم غير مضمونٍ عليهم، وهم الأصل، فإذا لم يلزم الضَّمان للأصل فأولىٰ أن لا يلزمَ فِي الفرع، فإن تلف ذلك المال فِي أيديهم بتفريط منهم صح أن يضمن عنهم؛ لأن ضمان القيمة إذا كانت معلومة يصح، وإن تعدَّوا فِي هذا المال ولم يتلفِ المالُ فضمنه عنهم فهل يصح أم لا؟ فيه وجهان كما ذكرنا ذلك فِي المغصوب[1].

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَضَمَانُ الْمَرْأَةِ كَالرَّجُلِ)[2].

وهذا كما قال.. يصح ضمان المرأة؛ لأن كل من لزمه الثمن فِي البياعات والأجرة فِي الإجارات جاز أن يلزمه المال بالضَّمانِ كالرجل؛ ولأن الضَّمان وثيقةٌ فصحَّت من المرأة كالرهن والشهادة[3].

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا يَجُوْزُ ضَمَانُ مَنْ لَمْ يَبْلُغْ وَلَا مَجْنُوْنٍ وَلَا مُبَرْسَمٍ

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٠) وبحر المذهب (٥/ ٤٩٢).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

(٣) وقال مالك: لا تضمن المرأة إلا بإذن زوجها كالعبد لا يضمن إلا بإذن سيده، وللنووي رَحِمَهُ اللَّهُ: ضمان المرأة صحيح مزوجة كانت أو غيرها ولا حاجة إلىٰ إذن الزوج كسائر التصرفات.

يَهْذِي وَلَا مُغْمًى عَلَيْهِ وَلَا أَخْرَسَ لَا يَعْقِلُ، فَإِنْ كَانَ يَعْقِلُ الإِشَارَةَ وَالْكِتَابَةَ فضَمِنَ لَزِمَهُ)[١].

وهذا كما قال.. لا يصِحُّ ضمانُ الصبيِّ ولا المجنون؛ لقوله ﷺ: «**رُفِع القلمُ عن ثلاثةٍ: عن النَّائم حتى يستيقظَ، وعن المجنونِ حتى يفيقَ، وعن الصَّبي حتى يَحْتَلِم**»[٢]، ولأنهما غير مكلفين فلم يصح ضمانهما؛ لأنه لا حكم لقولهما[٣]، فلو أحلفا بعد البلوغ فِي الصبي وادَّعىٰ المضمون له أنه ضمن له بعد البلوغ مالًا وأنكر ذلك وادَّعىٰ أنه كان ضمنه قبل البلوغ كان القولُ قولَه مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء الصِّبا، وإن اختلفا بعد الإفاقة فادَّعىٰ عليه الضَّمان فقال: «ضمنتُ المالَ وأنا مجنون» وقال: «بل ضمنتَه فِي حال الإفاقة» فإنه يُنْظر؛ فإن كان لم يعرف له حال جنونٍ كان القولُ قولَ المضمون له؛ لأن الأصل عدم الجنون وصحة الضمان، وإن عرف له حالة جنونٍ كان القولُ قولَ المدعىٰ عليه، لأن الأصلَ أنه لا ضمان عليه، وعلىٰ المدعي البينة أنه ضمن حال الإفاقة.

وأما المُبَرْسَمُ الذي يهذي ويخلط فِي كلامِهِ فإن ضمانه لا يصح؛ لأنه ليس بمميزٍ، وكذلك المغمىٰ عليه.

وأما إذا كان مريضًا وهو عاقل مميزٌ صح ضمانه ثم يُنْظر، فإن صح من مرضه كان غرامة الضَّمان من (رأس المال)[٤]، وإن مات فِي مرضه كان من الثلث؛ لأن ذلك تبرعٌ منه.

وأما الأخرسُ إذا ضمن؛ فإن لم يكن له إشارةٌ معقولةٌ ولا كتابةٌ مفهومةٌ

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

(٢) أخرجه أحمد (١١٨٣) وأبو داود (٤٤٠٣) من حديث علي رضي الله عنه.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦١) وبحر المذهب (٥/ ٤٩٣).

(٤) في (ف): «من ماله».

لم يصح ضمانه، لأنه لا يتميز بإشارته وكتابته مراده، وأما إذا كانت له إشارةٌ معقولةٌ صح ضمانه، وإن كانت له كتابةٌ مفهومةٌ صح ضمانه إذا اقترنت إليه إشارةٌ مفهومةٌ، وإن لم تقترن إلىٰ الكتابة إشارةٌ مفهومةٌ لم يصح.

هذا ظاهر كلام الشافعي، وعليه أصحابُنا، ولا خلاف بينهم أن الضَّمان يصح بالإشارة إذا انفردت عن الكتابة، وأنه لا يصِحُّ بالكتابة إذا انفردت عن الإشارة.

والفرقُ بينهما أن الكتابة تكون لتجربة المداد والقلم والورق وتعلُّم الخط والعبث، فلهذا لم يصح الضَّمان بها إذا انفردت، وأما الإشارةُ فإنه لا يراد بها إلا العقد[١]، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المُزَني رَحِمَهُ اللهُ: (وَضَعَّفَ الشَّافِعِيُّ كَفَالَةَ الوَجْهِ فِي مَوْضِعٍ وَأَجَازَهَا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ، إِلَّا فِي الحُدُوْدِ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا تكفل رجلٌ ببدن رجل لرجلٍ له عليه مالٌ، أو يدعي عليه مالًا؛ فالذي نص عليه الشافعي[٣]: أن الكَفالة صَحيحةٌ، ذكره فِي كتبٍ عدةٍ[٤]، وقال فِي «كتاب الدعوىٰ والبينات»: الكفالة بالبدن ضعيفةٌ. واختلف أصحابُنا فيه:

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٤٦١)، وبحر المذهب (٥/ ٤٩٣).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

(٣) الأم (٦/ ٢٤٢).

(٤) قال الماوردي: نص الشافعي في ثلاثة كتب علىٰ جوازها؛ نص عليه في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ وفي كتاب الإقرار والمواهب، وفي كتاب الدعوىٰ والبينات ... إلخ.

فمِنهُم مَن قال: يصح قولًا واحدًا، والذي قال: إنها ضعيفةٌ. ليس بقولٍ آخر، وإنما أراد به أنها ضعيفةٌ فِي القياس، وإنما أثبتناها بالأثر والإجماع.

ومِنهُم مَن قال: بل فِي المسألة قولان. وإليه ذهب أبو إسحاق المروزي، فأحد القولين: يجوز. وبه قال كافة الفقهاء(١)، وهو مذهب أبي حنيفة، والثاني: لا يجوزُ.

فوجهُ القول الأول قولُه تعالىٰ: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُۥ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ﴾ [يوسف: ٦٦]، فطلب يعقوبُ عليه السلام منهم كفيلًا ببدنه، وقولُه تعالىٰ: ﴿إِنَّ لَهُۥٓ أَبًا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥٓ﴾ [يوسف: ٧٨]، وذلك كفالةٌ بالبدن.

ورُوِي عن حارثَةَ بنِ مُضَرِّبٍ(٢) قال: صليتُ مع ابن مسعود الغداة، فلما سلم قام رجلٌ فحمد الله وأثنىٰ عليه وقال: أما بعد، فوالله لقد بت البارحة وما فِي نفسي علىٰ أحدٍ إحْنَةٌ، وإني كنتُ استطرقتُ رجلًا من بني حنيفة، وكان أمرني أن آتيه بغلسٍ، فانتهيتُ إلىٰ مسجد بني حنيفة مسجد عبد الله بن النواحة، فسمعتُ مؤذنهم يشهد أن لا إله إلا الله وأن مسيلمةَ رسولُ الله، فكذبتُ سمعي، وكففتُ فرسي، حتىٰ سمعتُ أهل المسجد قد تواطئوا علىٰ ذلك!! فقال ابن مسعودٍ: من ههنا، فقام(٣) رجلٌ فقال: عليَّ بابن النواحة، فحضر واعترف، فقال له ابن مسعودٍ: أين ما كنت تقرأ من القرآن؟ فقال: أتقيكم به، فقال له: تُبْ. فأبىٰ، فأمر به فقُتِل، ثم شاور الصحابة فِي بقية القوم، فقال عديٌّ بن حاتمٍ: ثؤلولٌ قد أطلع رأسه فاحسمه، وقال جريرُ بنُ

---

(١) سبق التنبيه علىٰ أن الصواب أن يقول: «الفقهاء كافة».

(٢) في (ص): «مصرف»، وهو تحريف.

(٣) في (ص): «فقال»، وهو تصحيف.

عبد الله والأشعثُ[١] بنُ قيسٍ: استتبهم؛ فإن تابوا، وإلا قتلوا، فاستتابهم، فتابوا، فخلىٰ عنهم، وكفلهم عشائرُهُم[٢].

وهذا يدل علىٰ إجماعِهِم علىٰ أن الكفالة بالبدن صحيحةٌ.

وأيضًا، روي أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما كان له علىٰ عليٍّ دينٌ، فكفلتْ به أُمُّ كلثوم ابنتُه زوجةُ عمر بن الخطاب[٣].

وأيضًا، فإن من عليه دينٌ لا يقضيه يلزمه أن يحضر مع خصمه مجلس الحُكْمِ، وإذا كان الحضور واجبًا صح ضمانه والكفالة به، أصله: الدين الذي فِي ذِمَّته.

وأيضًا، فإن تسليمَ البدنِ قد يجبُ بالعقد، وهو عقد النكاح وعقد الإجارة، فجاز أن يجب بعقد الكفالة، أصله: الدين فِي الذمة.

وأيضًا، فإن بالناس حاجةً إلىٰ كفالة البدن، كحاجتهم إلىٰ كفالة المال، فإذا صحَّت كفالةُ المال وجب أن تصح كفالةُ البدن، والله أعلم.

والدليلُ علىٰ أن الكفالة بالبدن لا تصح أنها كفالةٌ بعينٍ، فوجب أن لا تصح، أصله: كفالته بغيرِ إذنه.

وأيضًا، فإنها كفالةٌ لا تصح بغيرِ إذن من عليه الحقُّ، فوجب أن لا تصح بإذنه، أصله: الكفالةُ ببدن من عليه الحد.

فإن قالوا: لا نسلِّم لأن عندنا تجوز الكفالة ببدن من عليه الحد.

فالجوابُ: أن هذا خلافُ الإجماع، فهو غيرُ صحيحٍ، وإن شئتَ قِسْتَ علىٰ الكفالة بشاهدي المال، وإذا تكفل ببدن زوجته فإن ذلك لا يصح،

---

(١) في (ص): «والأشعر»، وهو تحريف.

(٢) أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (٣٨٢٢)، وابن المنذر (٨٣٧٦) والبيهقي (١٧٣٤٠).

(٣) أخرجه ابن حبان في «الثقات» (٢/ ٢٧٥).

وعكسُه الكفالةُ بالمال لما صحَّت بإذن مَن عليه المالُ صحَّت بغيرِ إذنه.

وأيضًا، فإنها كفالةٌ لا توجب مالًا فِي الذمة، فوجب أن لا تصح، أصله: إذا تكفل بغيرِ إذنه.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أن الكفالة ببدن غيرِهِ بغيرِ إذنه لا تفيد شيئًا؛ لأنه لا يمكنه تسليمُه، ولا يلزم المكفول به أن يحضر مع الكفيل، وليس كذلك إذا كفل به بإذنه، فإنه يلزمه الحضور مع كفيله.

فالجوابُ: أن هذا يُنْتَقَضُ بكفالة بدن الشاهدين والزوجة، فإنه يجب عليهما الحضور، ويجبُ علىٰ المرأة حضورُ منزل الزوج وتسليمُ نفسها منه، ومع ذلك فإن الكفالة بأبدانهم لا تصح، ولأنه تبطل بكفالة الفقير بالمال فإنها تصح، وإن كانت لا تفيد شيئًا فِي الحال.

فإن قيل: الفقير قد يملك المال ويستغني.

قلنا: وفِي مسألتنا قد يتوصَّلُ الكفيلُ إلىٰ إحضار المكفول به بمسألته وغير ذلك، فلا فرق بينهما.

وأيضًا، فإن الكفالة بالبدن لا تفيد شيئًا؛ لأن إحضاره يجبُ علىٰ الحاكم، وهو أقوىٰ يدًا من الكفيل فلم يكن فِي كفالته فائدةٌ، فوجب أن لا تصح، قال القاضي أبو حامدٍ: ولأن الكفالة بالبدن عقدٌ علىٰ عينٍ شرط فيه تأخير تسليمها، فوجب أن لا تصح، أصله: إذا باع عينًا علىٰ أن يسلمها إليه بعد مدةٍ.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أنه شرطٌ ينافِي موجب العقد.

فالجوابُ: أن الكفالة مثله، لأنه إذا أطلق كانت حالَّةً، ويجب عليه إحضاره فِي الحال، وإذا شرط تأخير تسليمه فقد شرط ما ينافِي موجب العقد، ولأنه يُنْتَقَضُ بتأجيل الثمن وشرط الخيار فيه.

فأما الجوابُ عن احتجاجهم بقوله تعالى: ﴿لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ﴾ الآية [يوسف: ٦٦] فهو أن هذا ليس بكفالةٍ بالبدن؛ لأنه لم يلزمه إحضاره وتسليمه، وما لا يجب كيف تصح الكفالة به؟! وإنما أراد بالموثقِ اليمينَ أن لا يسلموه إن طلب أو يحاط بهم، يدل علىٰ ذلك: أنه قال: ﴿مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [يوسف: ٦٦].

وأما الجوابُ عن قولِهِم: ﴿فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥ﴾ [يوسف: ٧٨] فهو أنه كان من شريعة آل يعقوب عليه السلام أن يُستعبد مَنْ سَرَقَ سنةً، فقال أحد الإخوة: خذ أحدَنا مكانه فِي الاستعباد، وليس ذلك بكفالةٍ؛ فلا حجة لهم فيه.

وأما الجوابُ عن حديثِ ابن مسعودٍ، فهو أن كفالته بأبدانهم بعد التوبة، وفِي تلك الحال قد سقطت المطالبة عنهم، فلا تصح الكفالة فيه عند المخالف، ولأن ذلك كفالةٌ فِي الحدود(١)، وهذا لا يُجَوِّزُه المخالف .

وأما الجوابُ عن حديثِ أم كلثوم، فهو أن الكفالة المذكورة فيه ترجع إلىٰ المال دون البدن؛ لأنه لا يظن بعلي أنه يجب عليه الحضور؛ فيمتنع حتىٰ يبتغي الكفيل بذلك، وأما المالُ فقد يتعذر عليه، فيجوز أن يطلب منه كفيلٌ به.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم علىٰ من عليه المال، فهو أنه مُنْتَقَضٌ بالكفالة ببدن الشاهدين والزوجة، ولأن المعنىٰ فِي الكفالة بالمال أنها تصح بغيرِ إذن من عليه المال، فصحَّت بإذنه، وهذه الكفالة لا تصح بغيرِ إذن من عليه الحق، فلم تصح بإذنه، كما نقول فِي الكفالة ببدن الشاهدين والزوجة، ولأن المعنىٰ فِي الأصل أنها كفالةٌ بدينٍ صحيحٍ، وليس كذلك ههنا؛ فإنها كفالة

(١) في (ف): «الحد».

بغيرِ دينٍ فلم تصح.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن بالناس حاجةً إليها، فهو أن ذلك يُنْتَقَضُ بالكفالة ببدن الزوجة وببدن الشاهدين وبمال الكتابة؛ فإن ذلك لا يصِحُّ مع الحاجة إليه.

إذا ثبت هذا، فإن قلنا إنها باطلةٌ فلا يفرع عليه، وإذا قلنا إنها صحيحةٌ فإذا تكفل بالبدن نُظِرَ، فإن كان قد كفل حالًّا صحَّت الكفالة، وإن كفل مؤجلًا صحَّت أيضًا، كما نقول فِي كفالة المال، وإن كفل مطلقًا كانت الكفالة صحيحةً، وكانت حالَّةً؛ لأن كل عقدٍ صح حالًا أو مؤجلًا، إذا أطلق كان حالًا كالعوض في البيع والإجارة.

إذا ثبت هذا، وكفل به حالًّا كان للمكفول له أن يطالبه بتسليمه فِي الحال، فإن سلمه برئ، وإن امتنع من تسليمه حبس حتىٰ يسلمه، وإن أحضره الكفيل وسأله أن يتسلمه فلا يخلو من أن يكون ممنوعًا من تسليمه بيدٍ ظالمةٍ مانعة، أو غير ممنوعٍ من تسليمه.

فإن كان ممنوعًا لم يصح التسليم، ولم يبرأ منه؛ لأن كلَّ تسليمٍ واجبٍ إذا كان دونه مانعٌ باليد لم يصح التسليم، وإنما التسليمُ مع التمكين من التسليم كما نقول فِي تسليم الأعواض فِي البيع والضَّمان والإجارة.

وإن لم يكن ممنوعًا من تسليمه لزمه قبوله، فإن لم يقبله أشهد عليه رجلين أنه سلَّمه إليه وبرئ.

وإن كانت الكفالةُ مؤجلةً لم يكن له مطالبة الكفيل قبل المحل، فإذا حل الأجل نُظِر، فإن كان المكفولُ به حاضرًا كان حكمه حكم ما لو كانت الكفالة حالةً، وقد بيناه.

وإن كان غائبًا نُظِر، فإن كانت الغيبةُ إلىٰ موضعٍ معلومٍ ترد منه أخبارُه

فإن الكفيل يلزمه إحضارُه وتسليمُه إلىٰ المكفول له، ويمهل بمقدار ذهابه ومجيئه، فإذا ذهب زمانٌ يمكنه الذهابُ والمجيءُ فلم يأت به حُبِسَ أبدًا إلىٰ أن يأتي به فيسلمه أو يموت المكفول به فيبرأ منه.

وقال ابن شُبْرمة[1]: يُحبس فِي الحال، ولا يمهل؛ لأن الحق قد حل عليه، وهذا خطأٌ؛ لأن الحقَّ الحالَّ من شرطه إمكانُ تسليمه، والغائبُ لا يمكن تسليمُه فِي الحال، فوجب أن يمهل إلىٰ أن يمضي زمان الإمكان.

هذا إذا حلَّ الأجلُ، فأما إذا أتىٰ به قبل الأجل وسأله تسليمه، نُظِر؛ فإن كان لا ضرر عليه فيه لزمه تسليمُه، وإن كان عليه ضررٌ بأن تكون بينته غائبةً فِي الحال أو كان الحاكم لا يوصل إليه إلا يوم مجلسه، ويكون المجلس فِي ذلك اليوم الذي جعل محلًا فإنه لا يلزمه قبوله، ولا يبرأ الكفيل بتسليمه.

فرع

إذا تكفله علىٰ أن يسلمه إليه فِي موضعٍ فسلَّمه إليه فِي موضعٍ آخر، فإن كان عليه مؤونةٌ فِي حمله إلىٰ موضعِ التسليم لم يلزمه قبولهٌ، ولا يبرأ الكفيل، وإن لم يكن له عليه فيه مؤونةٌ ولا ضرر لزمه قبولُه كما ذكرنا فِي المحل، ولا فرق فِي ذلك بين المكان والزمان، فإذا أطلق الكفالة ولم يعين موضع التسليم وجب تسليمُه فِي موضع العقد، وإذا سلمه إليه فِي غير موضع العقد كان علىٰ ما بيناه، والله أعلم.

فرع

إذا كان محبوسًا فِي حَبْسِ الحاكم فقال الكفيلُ للمكفول له: «تسلَّمْه» - وهو فِي الحبس - لزمه ذلك؛ لأن حَبْسَ الحاكم ليس بحائلٍ ولا مانع من تسليمه، ومتىٰ أراد أن يحضره مجلسَ الحُكْمِ أحضره الحاكمُ، فإن ثبت

(١) حكاه بحر المذهب (٥/ ٤٩٦) والبيان (٦/ ٣٥١).

عليه شيءٌ حبسه للحقِّ الأول الذي حبس له وبهذا الحق الثابت آنفًا.

وإذا حضر رجلٌ عند الحاكم وادَّعىٰ علىٰ رجلٍ فِي حبسه حقًّا أحضره وسمع الدعوىٰ عليه، ونُظِر فيما بينهما ثم رده إلىٰ الحبس، وأما إذا كان محبوسًا فِي حبسٍ ظالمٍ لا يمكن من تسليمه فِي يده فإنه لا يكون تسليمًا؛ لأنه ممنوعٌ من تسليمه.

فرع

إذا تكفل ببدن رجلٍ فمات المكفولُ به زالت الكفالة، وبرئ الكفيل، ولا يلزمه المالُ الذي كَان فِي ذِمَّته، وقال مالكٌ: يلزمه، وإليه ذهب أبو العباس ابن سُريجٍ؛ لأن الكفيل وثيقةٌ فِي الحق، فإذا مات من عليه الحقُّ وجب استيفاؤه من الوثيقة، أصله: الرهن.

ودليلُنا أنه تكفل ببدنه دون ما فِي ذِمَّته، فلا يلزمه سوىٰ تسليم البدن، ولأنه لا يلزمُه ديتُه - وهي بدلُ نفسه التي تكفل بها وضمنها - فإذا لم تلزمه الدية فلأن لا يلزمه المال الذي فِي ذِمَّته أولىٰ وأحرىٰ، وأما قياسُهُم علىٰ الرهن فإنه مُنْتَقَضٌ بالشهادة.

فرع

إذا أبرأ المكفولُ له الكفيلَ برئ من الكفالة، وإذا اعترف بذلك فقال: «أبرأتُه وبرئ إليَّ أو «رد إلىٰ المكفول به» لزمه اعترافه وبرئ الكفيل.

فرع

إذا قال: «كفلتُ ببدن فلان علىٰ أن يبرأ فلانٌ الكفيل» أو «علىٰ أن يبرئه من الكفالة»، لم تصح الكفالة؛ لأنه لا يلزمه أن يبرئه، ولا تكونُ كفالتُه موجبة لبراءة غيره، فهذا شرطٌ فاسدٌ اقترن بعقد الكفالة فيه فأفسده.

فرع

إذا جاء المكفولُ به إلىٰ المكفول له وقال «سلمتُ نفسي إليك من كفالة فلانٍ»، وأشهد علىٰ ذلك شاهدين؛ برئ من الكفالة؛ لأنه يكون نائبًا عن الكفيل فِي هذا التسليم، والنيابةُ فيه صحيحةٌ، والوكالة جائزةٌ.

فرع

إذا قال لرجلٍ «فلانٌ يلازم فلانًا فاذهب وتكفل به» ففعل؛ فإن الكفالة علىٰ من باشر عقدَها دون الآمر؛ لأن الآمر ليس بمُكْرِهٍ، وإنما المأمور تكفل له باختياره، ولأن الآمر دالٌّ علىٰ خيرٍ ومعروفٍ فلم يلزمه ضمانه.

فرع

إذا تكفَّل ببدن رجلٍ ثم ادَّعىٰ الكفيلُ أن المكفولَ له قد أبرأ المكفولَ من الدين، فإن الكفيلَ قدً برئ من الكفالة، فإن أنكره المكفولُ له كان القولُ قولَه مع يمينه، وعلىٰ الكفيل البينة؛ لأن الأصل بقاء كفالته ووجوب الدين فِي ذمة من عليه الدين، فإن حلف ثبتت كفالته علىٰ الكفيل، وإن نكل عن اليمين رُدت علىٰ الكفيل، فإذ حلف برئ من الكفالة ولم يبرأ المكفول ببدنه من الدين؛ لأنه لا يجوزُ أن يبرأ بيمين غيره، وإنما يحلف الكفيل علىٰ ما يدعيه من حقه وهو براءته من الكفالة.

فرع

إذا قال الكفيل «تكفلتُ ببدنه ولا حقَّ لك عليه»، وأنكر المكفول له؛ كان القولُ قولَه مع يمينه؛ لأن الظاهر أن الكفالة صحيحةٌ، والكفيل يدعي ما يبطلها.

فرع

إذا تكفل ببدن رجل إلىٰ أجلٍ مجهولٍ ففيه وجهان؛ **أحدهما**: لا يصح، لأن الكفالة بالمجهول لا تصح، كما إذا قال «كفلتُ بأحد هذين» لم يَجُزْ للجهالة، فكذلك ههنا، **والثاني**: يصح كما تصح العارية؛ لأن ذلك تبرعٌ ومعروفٌ لا عوض فيه، وهذا غير صحيح؛ لأنه لو قال «أعرتُك أحد هذين» جاز، وانتفع بما شاء منهما، ولا يجوزُ أن يقول «كفلتُ ببدن أحد هذين الرجلين»، ولا «ضمنتُ لك أحد هذين الدينين»، فدل علىٰ الفرقِ بينهما.

فرع

إذا كان لرجلٍ علىٰ رجلين ألف درهم علىٰ كل واحدٍ منهما خمسمائة، فقال رجلٌ لصاحب الحق «تكفلتُ ببدن أحدهما»، فقد قلنا إنها لا تصح؛ لأنها مجهولةٌ، وإن قال «تكفلتُ ببدن زيدٍ علىٰ أني إن جئت به وإلا أنا كفيلٌ بعمرٍو» لم يصح؛ لأنه لم يلتزم إحضار زيدٍ ولم يقطع به، والكفالةُ توجبُ التسليم والإحضار من غير خيارٍ، فلم تصح الكفالة بزيدٍ، ولا تصح الكفالة بعمرٍو؛ لأنه علقها بشرطٍ وهو[1] إن لم يأت بزيدٍ، ولا يجوزُ تعليق الكفالة بشرطٍ، ألا ترىٰ أنه إذا قال: «إن قدم زيدٌ فقد كفلت به» لم يصح.

فرع

إذا تكفل رجلان ببدن رجلٍ لرجلٍ فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر؛ لأنه لو أبرأ أحدهما لم يبرأ الآخر، ولأن إحضار كل واحدٍ منهما غير إحضار الآخر، وهو بمنزلة أن يضمنا دينين، فإذا قضىٰ أحدهما لا يبرأ الآخر، ولأنهما بمنزلة عقدين؛ لأن أحد طرفي العقد - إذا كان فيه عاقدان - كان

---

(١) وقع في (ص، ف): «بشرط وهو الموت وهو»!! وقوله: «هو الموت» كلام غريب يبدو أنه مدرج في الكلام أو كُتب علىٰ سبيل الوهم، والله أعلم.

صفقتين، فإذا برئ أحدهما فِي عقد لم يَجُزْ أن يبرأ الآخر فِي عقدٍ آخر.

فرع

إذا تكفل رجلٌ رجلًا لرجلين فسلمه إلىٰ أحدهما لم يبرأ من حقِّ الآخر لما ذكرتُ من أن أحدهما لو أبرأه لم يبرأ من حق الآخر، ولأنهما بمنزلة عقدين.

فرع

إذا تكفل رجلٌ ببدن رجل عليه دينٌ لرجلٍ ثم تكفل ببدن الكفيل رجلٌ آخر ثم تكفل ببدن الثالث رابعٌ كان جائزًا لأنَّ الأول تكفل ببدن من عليه الدين الثابت فِي ذِمَّته، وتكفل الثاني ببدن الكفيل، وعليه حق للمكفول له، وهو حق الكفالة.

وجملتُهُ أنه إذا تكفل ببدن من يجب عليه حق مستقر لآدمي صحَّت الكفالة، فإن مات من عليه الدين برءا جميعًا؛ لأن الأول قد برئ بموته من إحضار بدنه، وإذا برئ الأول برئ الباقون، وإن مات الكفيل الثاني لم يبرأ الكفيل الأول، وبرئ الكفيل[1] الثالث والرابع لأنهما فرعاه

فرع

إذا تكفل ثلاثة أنفسٍ ببدن رجل لرجلٍ صحَّت الكفالة كما تصح فِي كفالة المال، وإذا برئ أحدُهم لا يبرأ الآخرانِ، وكذلك إن مات أحدُهم لا يبرأ الآخران، وإن تكفل به ثلاثة أنفسٍ وكلُّ واحدٍ منهم كفيلٌ ببدن صاحبه بأمره كان جائزًا؛ لأن الكفالة ببدن الكفيل جائزة.

---

(١) ليس في (ص).

فرع

الكفالة ببدن صبيٍّ فِي ذِمَّته دينٌ أو مجنونٍ فِي ذِمَّته دين جائزةٌ إذا كان بأمر الولي، وأما بأمر الصبي والمجنون لا تصح؛ لأنه لا يصِحُّ إذنُهما، والدليلُ علىٰ جواز الكفالة ببدنهما أنه قد يجبُ إحضارُهما مجلس الحُكْمِ فِي الصغر والجنون لتقع الشهادة علىٰ وجهها[1] بالإتلاف، وقد يتكفل به أيضًا ليحضره مجلس الحُكْمِ بعد البلوغ والعقل.

فرع

إذا تكفل ببدن المكاتب لسيده لم يصح؛ لأن الدين الذي فِي ذِمَّته، لا تصح الكفالة به، فلم تصح ببدنه لأجله.

فرع

إذا رهن شيئًا ولم يسلِّمه فتكفل رجلٌ بهذا التسليم لم يصح؛ لأن الراهن لا يلزمه التسليم، فلا يجوزُ أن يصير لازمًا بالكفالة؛ لأن الفرع لا يكون أقوىٰ من الأصل.

فرع

إذا ضمن رجلٌ عن رجلٍ ألفَ درهمٍ وضمن المضمونُ عنه عن الضامن تلك الألف لم يَجُزْ؛ لأن المضمون عنه أصل للضامن، وهو فرعٌ للمضمون عنه، فلا يجوزُ أن يصير الأصل فرعًا والفرع أصلًا، ولأن ذلك ضمانٌ لما فِي ذِمَّته فلا يجوزُ أن يضمن ما فِي ذِمَّته بعقد الضمان، ولأنه لا فائدة فيه.

فرع

إذا كان لرجلٍ علىٰ آخر ألفُ درهمٍ حالةً فضمنها رجلٌ مؤجلةً صح، ولو

(١) في (ص، ف): «وجههما» وهو تصحيف.

كانت مؤجلةً فضمنها حالَّة، ففيه وجهان؛ أحدهما: يصح كما يصح ضمان الحال مؤجلًا، ولا فرق بينهما، والثاني: لا يصح؛ لأنه لا يجوزُ أن يكون الفرع أقوىٰ من الأصل، فلو قلنا إنه يصح كان للمضمون له أن يطالب الضامن بالمال فِي الحال، وليس له مطالبةُ المضمون عنه، وذلك تأكيدٌ للفرع علىٰ الأصل فلم يَجُزْ.

فرع

إذا تكفل برأس فلانٍ، قال أبو العباس ابن سُريج: يجوزُ؛ لأن تسليم الرأس لا يمكن إلا بتسليم جميع البدن، فكان ذلك كفالَةً بجميع البدن.

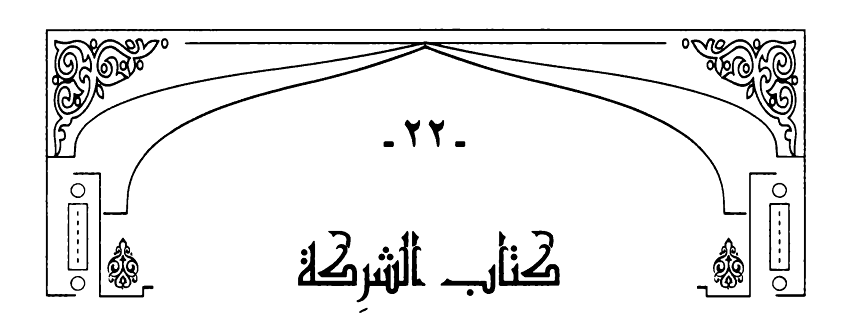
وإن تكفل بيده أو بعضوٍ يبقىٰ بعد قطعه فهل يجوز أم لا؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: لا يجوزُ؛ لأنه قد يقطع منه فيبرأ مع بقائه، **والثاني**: يجوز؛ لأن تسليم العضو لا يمكنُ إلا بتسليم الجملة.

وقال غيرُه: هذا لا يجوزُ - وهو الصحيح عندي - لأن ما لا يسري إذا خُصَّ به عضوٌ لم يصح؛ لأن التسرية إلىٰ الباقي لا تمكن، وإفراده بالعقد لا يمكن، فوجب إبطاله.

وما قاله أبو العباس يبطل بالوصية بطرفٍ وببيعه وإجارته، فإن ذلك كله لا يصح، والله أعلم بالصواب.

ويليه كتاب الشركة

❁ ❁ ❁



- ٢٢ -

كتاب الشركة

الأصلُ في جواز الشركة: الكتابُ، والسنةُ، (وإجماعُ الأمة)[1].

فأما الكتابُ:

فقولُه تعالىٰ: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال:٤١] الآية، فجعل الغنيمةَ مشتركةً بين الغانمين وبين أهل الخمس، وجعل خمسها مشتركًا بين خمسة أصنافٍ، وجعل أربعةَ أخماسها مشتركةً بين الغانمين.

وقولُه تعالىٰ: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ﴾ [النساء:١١] الآية ، فجعل التركة مشتركة بين الورثة.

وقولُه تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠] الآية ، واللامُ للتمليك، والواو للجمع والتشريك، فجعل الله الصدقات مشتركة بين

---

(١) في (ص): «والإجماع الأمة».

الأصناف الثمانية.

وقولُه تعالىٰ: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾[(١)] [ص: ٢٤].

وأما السنةُ:

فما رُوِي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: نحرنا بالحديبية سبعين بدنة، كلُّ بدنةٍ عن سبعةٍ، وقال النبي ﷺ: «**يشترِكُ النفرُ فِي الهدي**»[(٢)].

وعن جابرٍ أيضًا عن النبي ﷺ قال: «**مَن كان له شريكٌ فِي رَبْعٍ أو حائطٍ فلا يبِعْه حتى يؤذِنَ شريكَه**»[(٣)].

وعن السائب بن أبي السائب قال: كنت شريكًا للنبي ﷺ فِي الجاهلية، فلما كان يوم فتح مكة قال: «**أتعرفني؟**» قلت: نعم كنتَ[(٤)] شريكي، وكنتَ خيرَ شريكٍ، لا تداري ولا تماري[(٥)].

ورُوِي عن النبي ﷺ قال: «**يقولُ الله تعالى: أنا ثالثُ الشريكينِ ما لم يخُنْ أحدُهما صاحِبَه، فإذا خان أحدُهما صاحبَه خرجتُ من بينهما**»[(٦)].

وأما الإجماعُ:

فلا خلافَ بين المسلمين فِي جواز الشركة، وإنما اختلفوا فِي مسائل من فروعها نذكرُها بعد إن شاء الله.

---

(١) والخلطاء هم الشركاء - كما قال بحر المذهب (٦/ ٣)، وينظر الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٩).

(٢) أخرجه أبو يعلىٰ (٢١٥٠)، وابن حبان (٤٠٠٤)، والدارقطني (٢٥٣٣)، وأخرجه مسلم (١٣١٨) مختصرًا.

(٣) أخرجه مسلم (١٦٠٨) بنحوه.

(٤) ليس في (ص)، والمثبت من (ف).

(٥) أخرجه أحمد (١٥٥٠٢) وأبو داود (٤٨٣٦) وابن ماجه (٢٢٨٧).

(٦) أخرجه أبو داود (٣٣٨٣) والدارقطني (٢٩٣٣)، والحاكم (٢٣٢٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وفي إسناده ضعف.

فالشركةُ ثلاثةُ أضربٍ؛ شركةٌ فِي الأعيان، وشركةٌ فِي المنافع، وشركةٌ فِي الحقوق[١].

فأما الشركةُ فِي الأعيان، فمن ثلاثة أوجهٍ؛ أحدها: بالميراث، والثاني: بالعقد، والثالث: بالحيازة؛ فأما الميراثُ فهو اشتراكُ الورثة فِي التركة، وأما العقدُ فهو أن يملك جماعةٌ عينًا ببيعٍ أو هبةٍ أو صدقةٍ أو وصيةٍ فيشتركون فيها، وأما الحيازةُ فهو أن يشتركوا فِي الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاغتنام وغير ذلك، فإذا صار ذلك محوزًا لهم كان بينهم.

وأما الشركةُ فِي المنافع، فالاشتراكُ فِي منفعة الوقف ومنفعة العين المستأجرة ومنفعة الكلاب الموروثة، فإن عينَ الكلاب غيرُ مملوكةٍ عندنا، وإنما يشترك الورثةُ فِي الانتفاع بالكلب فِي الاصطياد وغيره.

وأما الشركةُ فِي الحقوق، فمثلُ الاشتراك فِي حق القصاص، وحد القذف، وحق خيار الرد بالغيب، وخيار الشرط، وحق الرهن، وحق المرافق من المشي فِي الطرقات، ومرافق الدار، والضيعة، وما أشبه ذلك.

إذا ثبت هذا؛ فإن المُزنِي ذكر ههنا قسمة الأموال والضرب عليها بالسهام[٢]، وجملته: أن القسمة علىٰ ثلاثة أضربٍ؛ **ضربٌ** يجوز للحاكم أن

---

(١) قسمها الماوردي رَحِمَهُ اللَّهُ بطريقة أخرىٰ كما في الحاوي الكبير (٦/ ٤٧٠) فقال: (ينقسم ما تكون فيه الشركة أقسامًا أربعة؛ أحدها: أن تكون في الرقاب والمنافع، والثاني: أن تكون في الرقاب دون المنافع، والثالث: أن تكون في المنافع دون الرقاب، والرابع: أن تكون في حقوق الرقاب) وقسمها الروياني في بحر المذهب ستة أقسام فقال (٦/ ٤): (ثم أعلم أن الشركة علىٰ ستة أضرب؛ في الرقاب والمنافع، وفي الرقاب دون المنافع، وفي المنافع دون الرقاب، وفي المنافع المباحة، وفي حقوق الأبدان، وفي حقوق الأموال).

(٢) قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ في المختصر/ مع الأم (٨/ ٢٠٧): الشركة من وجوه منها الغنيمة أزال الله عز وجل ملك المشركين عن خيبر فملكها رسول الله ﷺ والمؤمنون وكانوا فيه شركاء فقسمها =

يقسمه ويجبر الممتنع عليه، **وضربٌ** يجوز أن يقسم ولا يجوز أن يجبر، **وضربٌ** لا يجوز أن يقسم ولا يجبر.

فأما ما يجوزُ أن يُقسم ويُجبر، فكلُّ مالٍ مشترك أجزاؤه متساويةٌ لا ضرر فِي قسمته، فإنه يجوز للحاكم قسمته إذا تراضوا به، وإذا طلب ذلك بعض الشركاء وامتنع بعضهم أجبر عليه.

وأما ما يجوزُ أن يُقسم ولا يُجبر عليه، فمثل أن يريدا أن يقسما دارين علىٰ أن يكون لأحدهما إحداهما والأخرىٰ للآخر، أو ضيعتين، أو دارًا واحدةً يكون عُلْوها لأحدهما وسُفْلها للآخر، أو كان فِي القسمة رد دراهم أو دنانير من أحد الشريكين علىٰ الآخر، وذلك إذا لم يُمْكِن[1] تعديل الأجزاء إلَّا بردِّ مالٍ من غيره، فإذا كان كذلك جاز للحاكم أن يقسم ذلك بتراضيهم وإن امتنع بعضهم لم يُجبر له الممتنع عليه.

وأما ما لا يجوزُ للحاكم أن يَفعل ولا يُجبر، فهو مثل أن يكون ثوب فِي قسمته ضررٌ أو قسمة جوهرة أو حجر رحا وما أشبه ذلك؛ فهذا لا يجوز لهم قسمتُه؛ لأنه سفهٌ وضررٌ، ولا يجوز أن يشارِكَهم فِي السفه، وفِي جواز قسمة الرقيق والثياب التي لا ضرر فِي قسمتها خلافٌ بين أصحابنا، ويذكر ذلك فِي أدب القضاء؛ فإن له بابًا مفردًا إن شاء الله.

فرع

إذا كانت دارٌ هي وقفٌ علىٰ جماعةٍ فأرادوا قسمتها لم يَجُزْ؛ لأن الحق لهم ولمن بعدهم فلا يجوز لهم تمييز حقوق غيرهم والتصرف فيها بأنفسهم.

= رسول الله ﷺ خمسة أجزاء ثم أقرع بينها فأخرج منها خمس الله تبارك وتعالىٰ لأهله وأربعة أخماسها لأهلها. قال المزني : وفي ذلك دليل علىٰ قسم الأموال والضرب عليها بالسهام.

(١) في (ص، ف): «يكن».

فرع

وإذا كان نصفها طلقًا ونصفها وقفًا، فطلب صاحب الحق المقاسمة؛ فإن قلنا المقاسمة فرز النصيبين جاز، وإن قلنا المقاسمة بيعٌ، فإنه لا يجوز؛ لأن بيع الوقف لا يجوز، والله أعلم بالصواب.

فرع

شركةُ التجارة جائزةٌ بين المسلمين، فأما بين المسلمين والكفار مثل اليهود والنصارىٰ فمكروهةٌ، نص عليه الشافعيُّ[١]، وبه قال سائرُ الفقهاء.

وقال الحسنُ البصري: إن كان المتصرفُ هو المسلم لم يُكره، وإن كان المتصرفُ هو الكافر؛ كُره؛ لأن الكافر يتصرف فِي المباح وفِي المحظور من الخمر والخنزير والربا[٢].

ودليلنا: ما رُوِي عن ابن عباسٍ قال: أكرهُ أن يشارك المسلمُ اليهوديَّ أو النصرانِيَّ[٣]. ولا يُعرف له مخالفٌ[٤].

ولأن مال اليهوديِّ والنصرانِيِّ الذي يخلطه المسلم بماله ليس بطيبٍ؛ لأن من كان لا يتحرز من الربا وشراء الخمر والخنزير فإن معاملته وأكل ماله مكروهٌ؛ فكرهت مشاركته لهذا، ولأنه إذا كره إذا كان هو المتصرف لتصرفٍ مستأنفٍ فلأن يكره لمالٍ كسبه فِي يده أحرىٰ وأولىٰ، والله أعلم.

---

(١) الأم (١/ ١٩٠).

(٢) حكىٰ بحر المذهب (٦/ ٤) كلام الحسن البصري، ثم قال: وهذا غلط... إلخ.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٣٤٧) والبيهقي (١١١٣٧).

(٤) هكذا ذكره بحر المذهب (٦/ ٤) والبيان (٦/ ٣٦٣) وتكملة المجموع (١٤/ ٦٤).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المُزنِي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالَّذِيْ يُشْبِهُ قَوْلَ الشَّافِعِيِّ أنه[١] لَا تَجُوْزُ الشَّـرِكَةُ فِي الْعَرْضِ وَلَا فِيْمَا يَرْجِعُ فِي حَالِ المُفَاصَلَةِ إِلَى الْقِيْمَةِ لِتَغَيُّرِ الْقِيَمِ)[٢].

وهذا كما قال.. الكلامُ ههنا فِي الشركة فِي العروض، وهي علىٰ ضربين؛ ضربٌ لا مثل له، وذلك مثل الثياب والعبيد والبهائم والخشب، وضربٌ له مثلٌ، وذلك مثل الحبوب والأدهان وكل مكيلٍ وموزونٍ.

فأما العروضُ التي لا مثل لها، فإنه لا يجوز الشركة فيها لأنه إذا أخرج واحدٌ منهما عرضًا لم يخل من أحد أمرين؛ إما أن تعقد الشركة علىٰ ما يحصل من ثمنهما، أو علىٰ أعيانِهما، فبطل أن يعقد علىٰ ما يحصل من ثمنهما لمعنيين:

أحدهما: أن ذلك يكون تعليقًا لعقد الشركة بغررٍ وخطرٍ، فكأنه قال لصاحبه: «عقدتُ الشركة معك إذا حصل الثمن»، وذلك لا يجوز [كما لا يجوز][٣] أن يقول: «إذا قدم زيدٌ فقد شاركتُك فِي هذا المال»[٤].

والثاني: أن ذلك شركةٌ فِي مالٍ مجهولٍ؛ لأنه لا يدرىٰ كم يرتفع من العينين اللتين عقد الشركة علىٰ أثمانهما، وبطل أن تعقد الشركة علىٰ أعيانهما الخمسةِ أوجهٍ:

أحدها: أن العينين لا تختلطان، ومن شرط الشركة أن يكون المالان مختلطين لا يتميزُ أحدُهما عن الآخر.

---

(١) ليس في (ص)، والمثبت من (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

(٣) ليس في (ص)، والمثبت من (ف).

(٤) الحاوي الكبير (٦/ ٤٧٢)، وبحر المذهب (٦/ ٥ - ٦).

والثاني: أن موضوع الشركة أن يكون التالف من مال الشركة منهما والسالم لهما، وهذا يؤدي إلىٰ أن يكون التالف من مال أحدهما، وذلك خلاف موضوعها.

والثالث: أن هذا يؤدي إلىٰ أن يشارك أحدُهما الآخرَ فِي جزءٍ من رأس المال؛ لأنه قد تزيدُ قيمةُ أحد العينين دون الأخرىٰ، فتباع بزيادة تلك القيمة، فيشتركان فيها، وهي من جملة رأس المال؛ لأنها[١] بعدما تصرفا فِي رأس المال، وتلك الزيادة إنما حدثت فيها من غير تصرفٍ منهما، وموضوعُ الشركة علىٰ أن لا يشارك واحدٌ منهما صاحبه فِي رأس ماله ولا فِي جزءٍ منه.

والرابع: أن عند[٢] المفاصلةِ لا بد من رجوع كلِّ واحدٍ منهما إلىٰ رأس ماله، ولا يُمكن أن يُجعل رأس المال عند تلك المفاصلة مثل تلك العين؛ لأنه لا مثل لها، وموضوعُ الشركة علىٰ أن كلَّ واحدٍ منهما يرجعُ إلىٰ رأس ماله عند المفاصلة، وقد تعذر ذلك فِي هذه الشركة.

والخامس: أن ذلك يؤدي إلىٰ أن ينفرد أحدُهما بالربح دون الآخر، فإن قيمة أحدهما قد تزيد وقت المفاصلة فيشتري له مثل عروضه، ولا يكون قد ارتفع فِي الشركة من الربح إلا قدر تلك الزيادة فينفرد بها أحدُهما دون الآخر، وموضوعُ الشركة بخلاف ذلك.

فهذه المعاني التي ذكرناها تدلُّ علىٰ بطلان هذه الشركة.

فأما العروضُ التي لها أمثالٌ[٣] فهل يصح عقد الشركة عليها أم لا؟

---

(١) في (ص، ف): «لأنهما».

(٢) في (ص، ف): «عقد»، وهو تصحيف.

(٣) كالحبوب والأدهان والتمور.

اختلف أصحابنا فيها، فقال أبو إسحاق: يصحُّ عقد الشركة عليها[١]، ومن أصحابنا من قال: لا يصح، قال هذا القائل: وهو مذهب الشافعي؛ لأنه قال: لا تصح الشركة إلا فِي الدراهم والدنانير[٢]، قال: والذي يدل علىٰ صحة ذلك أن هذه العروض مقومةٌ؛ فلم يَجُزْ عقد الشركة عليها، الدليل علىٰ ذلك العروضُ التي ليست لها أمثالٌ.

وإذا قلنا بقول أبي إسحاق فوجهُهُ أنهما مالان متفقان فِي الصفة، فجاز عقد الشركة عليهما، أصله: الدراهم والدنانير.

فإن قيل: ينتقض بالعروض؟ **فالجوابُ**: أن كلَّ ما لا مثل له لا يحصُلُ فيه الاتفاق فِي الصفة؛ لأنه لا بد أن يختلفا، ولهذا لم يجعلا مثلين فِي الإتلاف، وإذا كانا فِي الصفة سواء لم يزد فِي قيمة أحدهما شيءٌ إلا زاد فِي الآخر مثله، ولا ينقص فِي قيمة أحدهما شيءٌ إلا نقص من قيمة الآخر مثله، وإذا أرادا أن يعدِّلا رأس المال لم يستبِدَّ أحدُهما بجميع الربح لغلاء السعر فِي رأس المال.

إذا ثبت أن الشركة على العروض لا تصح، وقد ذكر المُزنِي المدخلَ[٣] فِي ذلك فقال[٤]: يشتري كلُّ واحدٍ منهما نصف سلعة صاحبه بنصف سلعته، فتكون كل سلعةٍ بينهما نصفين، وتنعقد الشركة بينهما، ثم يأذن كل واحدٍ منهما لصاحبه فِي التصرف فِي حقه؛ لأن عقد البيع وعقد الشركة لا يتضمن الإذن فِي التصرف، ولا بد أن يأذَنَ[٥] كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه بعد

---

(١) ذكره بحر المذهب (٦/ ٨) وعزاه كذلك لابن سُريج.

(٢) نصَّ عليه في البويطي كما قال الروياني.

(٣) كذا!! وإنما ذكر المزنيُّ المخرج، فإنه قال: فإن المخرج في ذلك عندي... إلخ.

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

(٥) في (ص): «يأنس»، وهو تحريف.

العقد، وذكر أصحابنا مدخلًا آخر فِي ذلك، وهو أن يشتريا من غيرهما سلعةً مثلًا بألفٍ، فيكون علىٰ كلٍّ واحدٍ منهما نصفُ الألف، ثم يصرف كلُّ واحدٍ منهما عرضه الذي أراد أن يعقد عليه عقد الشركة فِي الثمن الذي لزمه - وهو خمسمائة - فتحصل تلك السلعة مشتركةً بينهما، ثم يأذن كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه فِي التصرف.

فإن قيل: فقد تحصل هذه الشركة بالوصيةِ والاتِّهاب والميراث، فلا معنىٰ لحصركم إياها بهذين الوجهين، **فالجوابُ**: أنا نريد بهذه الشركة أن يكون لهما عرضان، لكلِّ واحدٍ منهما عرضٌ ينفرد به؛ يريدان عقد الشركة عليهما، وذلك لا يتأتىٰ إلا علىٰ ما ذكرنا.

فرع

إذا شارك السَّقَّاءُ رجلين، فأخذ من أحدهما جملًا ومن الآخر راويةً، واستقىٰ فيها علىٰ أن ما يرتفع يكونُ بينهم؛ لم تصح هذه الشركة، قال الشافعي: لأنه ليس بقراضٍ، ولا إجارةٍ، ولا شركةٍ، لأن[1] من شرْطِ القِراض أن يُسلم رأسَ المال لربِّ المال، وههنا لا يسلم لأن الراوية تنقصُ وتبلىٰ باستعمالها، فلا يمكنه ردها علىٰ صاحبها كما أخذها، فبطل من هذا الوجه أن يكون قراضًا، وبطل أن يكون إجارةً لأن الأجرة فيها غير معلومة، وبطل أن يكون شركةً لأن من شرط الشركة اختلاط الأموال[2].

إذا ثبت أن هذه معاملةٌ فاسدةٌ، فإذا استقىٰ السَّقَّاءُ، وباع الماءَ، وحصل الكسبُ فِي يده، فلمن يكون؟ ذكر فِي موضعٍ أنه يكون للسَّقاءِ، ويرجع

(١) في (ص): «لا»، وهو تصحيف.

(٢) ينظر الحاوي الكبير (٦/ ٤٨١)، وبحر المذهب (٦/ ١٦) وذكر ابن الرفعة في كفاية النبيه (١٠/ ١٩٢) أن هذه المعاملة لا تصح بالإجماع.

الآخران عليه بأجرة مثل مالِهما من راويةٍ وجملٍ، وذكر فِي موضعٍ آخر أن ما يرتفعُ من الثمن يقسمونه بينهم أثلاثًا، ويكون لكلِّ واحدٍ منهم علىٰ صاحبيه ثلثا أجرة ما له علىٰ كل واحدٍ منهما ثلثها، ويسقط الثلث.

واختلف أصحابُنا فِي ذلك، فمنهم من قال: المسألةُ علىٰ اختلافِ حالين، فالموضعُ الذي جعل فيه الشافعيُّ الثمنَ للسَّقَّاء أراد به إذا كان الماء ملكًا للسَّقَّاء مثل أن يكون ماء بئره أو بركته، أو ماءٌ اشتراه، أو حصله فِي موضعه، والموضعُ الذي جعله بينهم إذا كان قد استقاه من ماءٍ مباحٍ، وإنما كان بينهم لأنه يأخذه بنية[1] أن يكون بينه وبين شريكه كما يشتري الشريكُ مالًا للشركة فيكون بينه وبين شريكه، ويشتريه الوكيلُ للموكل فيكون له دونه اعتبارًا بالنية والعقد، كذلك ههنا.

ومن أصحابنا من قال: إن كان الماء ملكًا للسَّقَّاء فإن الثمن يكون له، ويرجع الآخران عليه، وإن كان الماء مباحًا فالمسألة علىٰ قولين؛ أحدهما: يكون له أيضًا؛ لأنه انفرد بالحيازة فانفرد بالملك، والثاني: يكونُ بينهم، والتعليل ما ذكرناه.

فرع

إذا أذن رجلٌ لرجلٍ أن يصطاد له صيدًا فاصطاد الصيد بنية أن يكون للآمر دونه فلمن يكون هٰذا الصيد؟ هو مبنيٌّ علىٰ ما ذكرنا.

فإن قلنا إن الماء المباح إذا استقاه السقاء بنية أن يكون بينهم أن الثمن يكون له دون شريكه، فههنا يكون الصيد للصياد؛ لأنه انفرد بالحيازة كما انفرد السقاء بالماء.

وإن قلنا إن الماء المباح إذا استقاه بنية أن يكون بينهم أن الثمن يكون

---

(١) في (ص): «بينهم»، وهو تحريف.

بينهم، فههنا يكون الصيد للآمر به، لأن الصياد حاز الصيد بنية أن يكون للآمر فاعتبرت النية، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا أخرج أحدُ الشريكين دراهم، وأخرج الآخر عرضًا له مثلٌ أو لا مثل له؛ فإن عقد الشركة عليهما لا يجوز؛ لأنهما مالان لا يختلطان إذا خلطا، ولأن المعاني التي ذكرناها فِي منع جواز الشركة علىٰ العروض موجودةٌ ههنا.

فأما إذا أخرج أحدُهما دراهم والآخر دنانير؛ فلا يجوز أيضًا عقدُ الشركة عليهما، وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك.

واحتج من نصره بأن الدراهم والدنانير يجريان مجرىٰ الجنس الواحد؛ [لأنهما قيمةُ الأشياء وثمنٌ لها، فهما بمنزلة الجنس الواحد](١) من الدراهم والدنانير إذا اختلفت أنواعُها أنها تكون فِي حكم الجنس الواحد.

ودليلنا: أنهما مالان لا يختلطان، فوجب أن لا يجوز عقد الشركة عليهما، أصله: إذا أخرجا عرضين أو أخرج أحدهما عرضًا وأخرج الآخر دراهم أو دنانير، ولأن الشركة مشتقةٌ من الاشتراك، والاشتراك الاختلاط، وهذان المالان لا يختلطان؛ فلا يوجد فيهما معنىٰ الشركة الذي يفيد اشتقاقها.

فأما الجوابُ عما ذكروه فمن وجوه:

أحدها: أنا لا نسلِّم أنهما جنسٌ واحدٌ، ولا يجريان مجرىٰ الجنس الواحد، يدل علىٰ صحة هذا أن كل واحدٍ منهما يختص باسمٍ لا يشاركه الآخر فيه، ويختص بمعانٍ لا يشاركه الآخر فيها.

---

(١) ليس في (ص)، والمثبت من (ف).

والثاني: أنا لا نسلِّم ذلك فِي الأصل أيضًا؛ لأن أحدهما لو أخرج دراهم من سكةٍ غير السكة التي أخرج منها صاحبُه، أو أخرج أحدُهما صحاحًا والآخر غلةً؛ لم يَجُزْ عقدُ الشركة عليهما، وإنما يجوز إذا كان الجنس واحدًا والنوع واحدًا والصفة واحدةً.

والثالث: أنه إنما لم يَجُزْ أن يكون ما عدا الدراهم والدنانير فِي حكم الجنس الواحد، من حيث إنها مقومةٌ، كذلك لا يجوزُ أن تكون الدراهمُ والدنانيرُ فِي حكم الجنس الواحد من حيث إنها قيمةٌ لغيرها.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المُزنِي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا تَجُوزُ شَرِكَةُ المُفَاوَضَةِ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ بِحَالٍ)[1].

وهذا كما قال.. الشركةُ علىٰ أربعة أضرب؛ شركة المفاوضة، وشركة العِنان، وشركة الأبدان، وشركة الوجوه، وكلُّها باطلةٌ إلا شركة العِنان، ونحن نبينها بعدُ إن شاء الله.

فأما شركةُ العِنان فقيل إنما سُميت بذلك لأنهما يتساويان فيها، ويتصرفان فيها بالسَّوية، فهما كالفارسين إذا سيَّرا دابتيهما وتسَاوَيَا فِي ذلك، فإن عنانَيْهما يكونان سواء، وقال الفراء[2]: هي مشتقةٌ من «عنَّ الشيءُ» إذا

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

(٢) أبو زكريا يحيىٰ بن زياد بن عبد الله بن منظور الديلمي الفراء (المتوفىٰ: ٢٠٧هـ).. وينظر: مقاييس اللغة لابن فارس (٤/ ٢٠) وتوسع النووي رَحِمَهُ اللَّهُ في شرحه في تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٠٥) فقال: شركة العِنان بكسر العين، قال الفراء وابن قتيبة وغيرهما: هي مشتقة من قولك عن الشيء يعن ويعن، إذا عرض، كأنه عن لهما أي عرض هذا المال، فاشتركا فيه، قال الأزهري: وقيل سميت بذلك لأن كل واحد عان صاحبه، أي عارضه بمال مثل ماله وعمل مثل عمله، يقال عارضته أعارضه معارضة وعانيته معانة وعنانًا إذا عملت مثل عمله.

عرض، يقال: عنَّت لي حاجةٌ؛ أي عرضَتْ؛ فسُميتْ هذه الشركة بذلك لأن كلَّ واحدٍ منهما قد عنَّ له أن يشارك صاحبَه.

إذا ثبت هذا؛ فإذا أخرج كلُّ واحدٍ منهما من جنس المال الذي أخرجه صاحبه ومن نوعه وصفته عقدا عليهما عقدَ الشركة وخَلَطَا المالين، وقد صحَّت الشركة وتمَّت، فإذا أذن كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه فِي التصرف بعد ذلك جاز له التصرف، وأما إذا عقدا الشركةَ ولم يخْلِطا المالين فإن الشركة لا تنعقد، ويكون الحكمُ فِي المالين كما لو لم يتلفَّظا بالشركة.

وقال أبو حنيفة: تنعقد الشركة عليهما، والخلطةُ ليست(١) بشرطٍ فيها، وإذا ارتفع الربحُ كان بينهما.

واحتج من نصره بأنه عقدٌ علىٰ تصرفٍ، فلم يكن من شرطه خلطةُ المال، أصله: القراض.

قالوا: ولأن هذه الشركة فِي معنىٰ التوكيل، فإن كلَّ واحدٍ منهما يتصرف فِي مال صاحبه بإذنه، وليس من شرط التوكيل خلطُ المال، فكذلك ههنا.

ودليلنا: أن مالَ أحدِهما إذا تلف تلف منه دون صاحبه، فوجب أن لا تكون الشركةُ معقودة عليه، الدليلُ عليه إذا عَقَدَا الشركةَ علىٰ العروض التي لها أمثالٌ ولم يخلطاها، وربما منعوا هذا الأصل، وزعموا أنه لا رواية فيه عن أبي حنيفة، فإن سلموه قسنا عليه، وإلا قسنا علىٰ الدراهم والدنانير قبل أن يعقد عليهما عقد الشركة؛ ولأن الشركة تؤدي إلىٰ الربح تارةً، وإلىٰ الخسران أخرىٰ، وكلُّ واحدٍ منهما موجبٌ بها، فنقول: الربحُ أحدُ مقصودي الشركة، فكان من شرطه خلطُ المالين كالخسران، ولأن الشركة مشتقةٌ من الاشتراك، والاشتراك: الاختلاط، وإذا لم يخلط المال فإنه لا يوجد معنىٰ

(١) في (ص، ف): «ليس».

الشركة، فوجب أن لا يصح.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم على شركة القراض، فهو أن المعنىٰ فيها أنها تعقد علىٰ التصرف المجرد؛ لأن العامل لا يخرج مالًا، وإنما عليه أن يعمل فِي مال صاحبه، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ فإنها تُعقد علىٰ المالين، فلهذا شرطنا اختلاطهما.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنه فِي معنى التوكيل، فهو أنه لو كان فِي معنىٰ التوكيل لصح فِي العروض كما يصح التوكيل فيها، ثم لفظ الوكالة لا يقتضي اشتقاقه الاختلاط، وليس كذلك لفظ الشركة؛ فإن اشتقاقه يقتضي الاختلاط، فلم يصح بمجرد لفظه إلا بعد وجود معناه، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

شركةُ المفاوضةِ باطلةٌ[١]، وهذه الشركةُ لها ذِكْرٌ فِي اللغة دون الشرعِ، قال صاحب «إصلاح المنطق»[٢]: شركةُ المفاوضة أن يكون مالُهما من كلِّ شيءٍ يملكانه بينهما.

وأما تفسيرُها علىٰ ما صوَّره أبو حنيفة فهو شيءٌ من عنده لا لغةً ولا شرعًا، ووافقه علىٰ ذلك الأوزاعيُّ وسفيان الثوري[٣].

قالوا: لهذه الشركة شروطٌ وموجباتٌ:

فأما شروطُها، فهو أن يكونَ الشريكانِ مسلمينِ حُرَّين، فأما إذا كان أحدُهما مسلمًا والآخر كافرًا أو كان أحدُهما حرًّا والآخر مكاتبًا لم تجز

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٤٧٥) وبحر المذهب (٦/ ٩) والبيان (٦/ ٣٧٣).

(٢) إصلاح المنطق (ص ٣٠٢) لابن السكيت، وهو أبو يوسف يعقوب بن إسحاق، المتوفىٰ سنة ٢٤٤هـ.

(٣) ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/ ١٥ - ١٦).

الشركة بينهما، ومن شروطها أيضًا أن يتفق قدْر المال الذي تنعقدُ الشركة من جنسه - وهو الدراهم والدنانير - فإن كان مالُ أحدهما أكثر لم تصح هذه الشركة.

وأما موجباتُها، فهو أن يشاركَ كلُّ واحدٍ منهما صاحبَه فيما يكسبه قلَّ أو كثر، وفيما يلزمه من غراماتٍ بغصبٍ وكفالةٍ بمالٍ، فهذا جملةُ شرائطها وموجباتِها.

قال الشافعي(١) - لما وقف علىٰ هذا التصوير - فِي «كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ»: لا أعلمُ فِي الدنيا شيئًا باطلًا إن لم تكن شركةُ المفاوضة باطلةً، وبقولنا قال مالكٌ وأحمد وإسحاق وأبو ثورٍ.

واحتج من نصر أبا حنيفة بقوله تعالىٰ: ﴿**أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ**﴾ [المائدة: ١]، وهذا عقدٌ فوجب الوفاء به، وقوله ﷺ: «**المؤمنون عند شروطهم**»(٢)، وهذا مؤمنٌ شَرَطَ فِي هذه الشركة شروطًا(٣)، فوجب أن يكون عندها، ويلزمُه ذلك.

ورُوِي عن النبي ﷺ قال: «**إذا فاوضْتُم فأحسِنوا المفاوضةَ؛ فإن فيها أعظَمَ اليُمْن والبركةِ، ولا تجادِلوا؛ فإن المجادَلَةَ منَ الشيطانِ**»(٤)، وهذه اللفظة ترجع إلىٰ شركة المفاوضة، ويدل عليه من جهة المعنىٰ: أنه نوع ينفرد باسمٍ فجاز أن يكون منه صحيحٌ كشركة العِنان؛ ولأن هذه الشركة تشتمل علىٰ

---

(١) الأم (٦/ ٢٤١).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٤٥٤) وأبو داود (٣٥٩٤) بنحوه، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) في (ص): «شرطًا».

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٢٨٩) عن صهيب رضي الله عنه بلفظ: «ثلاث فيهن البركة: البيع إلىٰ أجل، والمقارضة، وأخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع»، ويُوجد في بعض نسخ ابن ماجه (المفاوضة) عوض (المقارضة). وذكر الزيلعي (٣/ ٤٧٥) أن حديث: «فاوضوا؛ فإنه أعظم للبركة» غريب.

معانٍ لها أصولٌ فِي الشرع بانفرادها؛ لأن الوكالة تصح بانفرادها، وكذلك الكفالة، وكذلك الاشتراك فِي الكسب والمال، وإذا كانت هذه المعاني تصح عند الانفراد، فإذا اشتمل عليها هذا العقد جاز أن يصح ذلك.

ودليلُنا: ما رُوِي عن النبي ﷺ: أنه نهىٰ عن الغرر[1]، وهذا غرر؛ لأنه يدخل فِي العقد علىٰ أن يشاركه فيما يكسبه وما يضمنه بعدوانه من غصبه وضمانه بكفالةٍ فِي جميع ماله، وقد تلزمه غرامةٌ عظيمةٌ فيحتاج أن يشاركه فيها علىٰ حسب ما دخل عليه فِي العقد، وذلك غررٌ عظيمٌ.

فإن قيل: القدر الذي رُوِي عن النبي ﷺ هو أنه نهىٰ عن بيع الغرر، وهذا لا يتناول هذه الشركة؟

والجوابُ أن الخبر روي مرةً مطلقًا ومرةً أخرىٰ مقيدًا، فنحن نحتج عليكم بالرواية المطلقة، ويدل عليه أن كلَّ عقدٍ لا يصحُّ بين المسلم والكافر وجب أن لا يصحَّ بين المسلمين، أصله: سائر العقود الفاسدة، وينعكسُ فِي العقود الصحيحة.

فإن قيل: لا يجوزُ عقد النكاح علىٰ مسلمةٍ مع الذمي، ويجوزُ مع المسلم، ولا يجوزُ بيعُ العبد المسلم من الذمي، ويجوز من المسلم؟

فالجوابُ: أنه يجب أن يضاف إلىٰ العلة لا من صغارٍ يلحق بالإسلام فنقول: كلُّ عقدٍ لا يصح بين المسلم والذمي لا لصغار يلحق بالإسلام، لم يصح بين المسلمين، أو نقول: كلُّ عقدٍ لا يصح بين الحر والمكاتب لا يصح بين الحرين، أصله: ما ذكرناه، أو نقول: كلُّ عقدٍ لا يصح مع اختلاف المالين فِي المقدارِ وجب أن لا يصح مع تساويهما فيه، أصله: ما ذكرناه.

ويدلُّ عليه من الاستدلال: أنَّا أجمعنا علىٰ أن بيع الثمار علىٰ رءوسِ

---

(١) أخرجه مسلم (١٥١٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

الأشجار لا يجوزُ بشرط التبقية؛ لما فِي ذلك من الغرر، وكذلك كراء الأرض ببعض ما يخرج من نمائها؛ لما فيها من الغرر، فههنا أولىٰ أن لا يجوز؛ لأن الغررَ فيه أعظم من الغرر فِي هذين.

وقد قيل إن فِي هذه الشركة معنىٰ الربا؛ لأنه إن اكتسب أحدُهما درهمين واكتسب صاحبُه أربعةً، كان عليه أن يردهما علىٰ صاحبه، ويأخذ منه درهمين، فيكون ذلك فِي معنىٰ معاوضةِ الدرهم بالدرهمين، ولأن[1] هذا العقد موجبُه خلافُ موجبِ سائِرِ العقود فِي الأصول؛ لأنه ليس فِي الشرع أن يضمن رجلٌ أو يتكفل بشيءٍ فيشاركه آخر فِي ضمانه وكفالته، وليس فِي الشرع أن يغصب إنسانٌ مالًا فيشاركه الآخر فِي غرامتِه من غيرِ أن يكون مشاركًا له فِي الغصب، وليس فِي الشرع عقدٌ يوجبُ علىٰ عاقده أن يخرج جميعَ ماله من الجنس الذي ينعقدُ عليه ذلك العقد، وليس فِي الشرع شركةٌ لا تجوزُ مع اختلاف قدر المالين؛ لأن كلَّ شركةٍ صحت فِي الشرع مع اتفاق المالين فِي المقدار صحت مع اختلافهما فيه، فإذا كانت هذه الشركةُ مخالفةً للأصول وجب أن لا تصح.

فإن قيل: لا يمتنعُ أن تنفرد بعضُ العقود بمعنًىٰ من المعاني تخالف به سائر العقود وتصح مع ذلك، ألا ترىٰ أن النكاحَ قد انفرد باشتِراطِ الشاهدين فِي انعقادِهِ، وخالف بذلك سائر العقود وصح مع ذلك.

فالجوابُ: أن النكاح إنما صح أن ينفرد بذلك؛ لما ثبت فِي الشرع عن النبي ﷺ فصار أصلًا بنفسه، وليس من شرْطِ الأصل موافقة الأصول، وليس كذلك فِي هذه الشركة؛ فإنها مجتهدٌ فيها فوجب إلحاقُها بالأصول التي تقررت فِي الشرع.

---

(١) في (ص): «ولأنها».

فإن كان ما تتضمنه يجوزُ فِي الأصول رُدَّت إليها، وإن كان لا يجوزُ وجب الحكمُ ببطلانِه، وقد بيَّنا أن[١] ما تشتملُ عليه هذه الشركة مخالفٌ للأصول.

فأما الجوابُ عن الآية، فهو أنَّا لا نسلِّم أن هذا عقدٌ؛ لأنه لم ينقل عن أهل اللغة، ولم ترد به الشريعة، وإنما وضعوه علىٰ حسب ما أرادوه، وإذا لم نسلم أنه عقدٌ لم يتناوله لفظ الآية.

وأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»، فهو أن نقول: روي أنه قال: **«ما وافق الحقَّ منها»**[٢]، وهذه وافقت الباطل، فلم تدخل فِي الخبر.

وأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بحديث المفاوضة، فهو أنه لا يُعرف[٣]، ولا أثبته أحدٌ من أهل النقل، ثم لو ثبت لم يكن فيه حجةٌ؛ لأنه أطلق المفاوضة، والمفاوضة فِي اللغة: المحادثة، ويدل علىٰ ذلك أن فيه: **«ولا تجادلوا؛ فإن المجادلةَ مِن الشيطانِ»**[٤]، ويكون معناه أن لا يتحدث أحدٌ إلا بما فيه خير وبركة ويمن.

وأما الجوابُ عن قياسِ شركة العِنان، فهو من وجوه:

---

(١) زيادة ضرورية.

(٢) ينظر الإرواء (٥/ ١٤٣ - ١٤٦) رقم (١٣٠٣).

(٣) تابعه بحر المذهب (٦/ ١٠) فقال: وأما الخبر غير معروف، وإن ثبت أراد المفاوضة في الحديث والمشاورة والمناظرة في العلوم وفي هذا المعنىٰ قال ﷺ: «لا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان».

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٢٨٩) عن صهيب رَضِحَالِلَّهُعَنْهُ بلفظ: «ثلاث فيهن البركة: البيع إلىٰ أجل، والمقارضة، وأخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع»، ويُوجد في بعض نسخ ابن ماجه (المفاوضة) عوض (المقارضة)، وذكر الزيلعي (٣/ ٤٧٥) أن حديث: «فاوضوا؛ فإنه أعظم للبركة»- غريب.

أحدها: أن هذا تعليقُ حكم باسم؛ لأنهم جعلوا عِلِّيَّةَ جواز هذه الشركة اختصاصها باسم، وذلك لا يجوز أن يكون علة؛ لأن علل الشرع إنما هي بالمعاني لا بالأسامي، إلا أن يرد الشرعُ بجعل الاسم علة، فيجعل علة له بورود الشرع فيه، لا بالاستنباطِ وسلوكِ طرق الاجتهاد فيه.

والثاني: أنها وإن سُلِّمت فإنها منتقضةٌ بمسائل؛ منها: الرُّقبىٰ؛ فإنها لا تصح عند أبي حنيفة، وهي مختصة باسم، ومنها: بيع الملامسة والمنابذة وبيع حبل الحبلة وبيع البيعتين فِي بيعة وعقد المساقاة والمزارعة وبيع المضامين والملاقيح؛ فإن هذه عقودٌ كلٌّ واحدٍ منها يختصُّ باسم، وليس فِي كلامِهِ[1] شيءٌ منها صحيحٌ بحال.

والثالث: أن المعنىٰ فِي شركة العِنان أنها تصحُّ بين المسلم والكافر، وبين الحر والمكاتب، فصحت بين المسلمين والحُرَّين، أو تصح مع اختلافِ قدْرِ المالين فصحت مع اتفاقهما، وهذه الشركة بخلافهما فلم تكن صحيحةً.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنه يشتملُ على أحكامٍ يجوزُ إفرادُ كلِّ حكمٍ منها، فهو أنَّا لا نسلِّم ذلك، بل هي تشتملُ علىٰ أحكامٍ كلها باطلةٌ فِي الشرع ومخالفةٌ للأصول، فوجب الحكم ببطلانها، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

شركةُ الأبدانِ عندنا باطلةٌ[2]**، وهي أن يشتركَ الصانعان على أن ما يرتفعُ لهما من كسْبِهما يكونُ بينهما على حسب ما يشترطانه،** وسواء كانا متفقي الصنعة كالنجارين والخبازين، أو مختلفي الصنعة كالنجار والخباز.

---

(١) زيادة ضرورية.

(٢) ذكره بحر المذهب (٦/ ١٠).

ومن أصحابنا من قال فِي هذه المسألة قولٌ آخر أنها جائزةٌ؛ لأن الشافعي قال فِي «كتاب الإقرار»[١]: ولو أقر أحد الشريكين علىٰ صاحبه بمالٍ لم يقبل إقراره، سواء كانا شريكين فِي المال أو فِي العمل.. قال أصحابنا[٢]: يحتمل أن يكون ذكر ذلك تفريعًا علىٰ مذهب غيره، فلا يدل علىٰ أنه قولٌ آخر له.

وقال أبو حنيفة: تجوز هذه الشركة مع اتفاق الصنعة واختلافها، ولا تجوز فِي الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاغتنام[٣].

وقال مالكٌ: يجوزُ الاشتراكُ مع اتفاق الصنعة، ولا يجوزُ مع[٤] اختلافها.

وقال أحمد: يجوزُ الاشتراكُ فِي جميع الصنائع وإن اختلفت، وفِي الاحتشاش والاصطياد والاغتنام.

واحتج من نصر أبا حنيفة بقوله تعالىٰ: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وهذا عقدٌ، ولأن الناس لم يزالوا يشتركون فِي أكسابهم وصنائعهم هذا الاشتراك، ولم ينقل أن أحدًا أنكره عليهم؛ فدل علىٰ أن ذلك إجماعٌ، ولأنه نوع شركةٍ تختص باسمٍ فجاز أن يكون منه صحيحٌ كشركة العِنان، ولأن أكثر ما فِي هذه الشركة أن كل واحدٍ منهما يتقبل العمل لصاحبه ثم يشارك كلُّ واحدٍ منهما صاحبه فِي المال الذي اكتسبه، وإن لم يكن يشاركه فِي نفس العمل، ومثل ذلك جائزٌ فِي الشرع، ألا ترىٰ أن الرجل إذا اكترىٰ قصَّارًا ليقصر له ثوبًا

---

(١) الأم (٦/ ٢٤١).

(٢) صرح بحر المذهب (٦/ ١١) بأنه ابن أبي هريرة، فقال: وقال ابن أبي هريرة: فرَّع الشافعي هذا علىٰ قول من أجاز شركة الأبدان دون مذهب نفسه. أو أراد اشتركا في المال علىٰ أن يعملا جميعًا فيه صناعة واحدة فالمسألة علىٰ قول واحد أنها لا تجوز.

(٣) مختصر اختلاف العلماء (٤/ ١٠).

(٤) زيادة ضرورية.

فسلم الثوب إليه كان للقصَّار أن يقصره بنفسه، أو أن يستعمل غيره فِي قصارته، فإن كان القصَّار الثاني بكراءٍ دون كراء الأول فالفاضل للأول، وإن لم يكن عمل بنفسه شيئًا وإنما عمل غيرُه فشاركه فِي فائدة عمله بنقلِهِ المتقدم للقصارة من صاحب الثوب، فكذلك ههنا.

ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ: أنه نهىٰ عن الغرر[1]، وهذا غررٌ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما لا يدري أيكسب صاحبه شيئًا أو لا يكسب؟ وكم القدر الذي يكسبه؟

ومن جهة المعنىٰ: أنها شركةٌ علىٰ غير مالٍ، أو شركةٌ علىٰ عمل البدن، فوجب أن لا تصح كالشركة فِي الاغتنام والاحتطاب والاحتشاش.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أن التوكيل لا يصح فيه فلهذا لا تصح فيه الشركة، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ فإن التوكيل يصح فِي هذه الأعمال فصحت الشركة، **فالجوابُ**: أنا لا نسلِّم أن التوكيل لا يصح فِي الاحتطاب والاحتشاش؛ لأن ذلك يصح علىٰ أحد الوجهين، والوجهان مبنيان علىٰ القولين فِي مسألة السَّقَّاء إذا استقىٰ الماء بنية أن يكون الكسبُ بينه وبين صاحب الراوية والجمل، وأحدُ القولين أن الكسب يكون للسَّقَّاء؛ فعلىٰ هذا لا يصح التوكيل فِي الاحتشاش والاصطياد، وما حصل من ذلك يكون للوكيل خاصةً، والقول الثاني: أن الكسب يكون بين الثلاثة، فعلىٰ هذا؛ يصح التوكيلُ فِي الاحتشاش والاصطياد، فإذا احتش أو اصطاد بنية أن يكون للموكِّلِ كانت الفائدةُ لموكِّله اعتبارًا بنيته.

فإذا ثبت هذا، وقلنا إن التوكيل فيه يصح لم تصح المعاوضةُ، وإن قلنا لا تصح فالجوابُ أن نقول هذه المعاوضة تبطل بالعروض، فإن التوكيل يصح

(١) أخرجه مسلم (١٥١٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

فيها، والشركة لا يصحُّ عقدُها عليها.

ويدلُّ عليه أيضًا أنهما عقدا شركةً علىٰ منفعة عينين متميزتين؛ فوجب أن لا تصح، الدليلُ عليه إذا عقد السَّقَّاءُ الشركة مع صاحب الجمل وصاحب الراوية علىٰ الاستقاء فإنه لا يصح بالإجماع.

وأيضًا، فإن المعقود عليه فِي هذه الشركة العمل، كما أن المعقود عليه فِي شركة العِنان المال، والمالُ إذا كان مجهولًا فِي شركة العِنان لم تصح الشركة، فكذلك إذا كان العملُ مجهولًا فِي هذه الشركة.

فأما الجوابُ عن الآية، فكما ذكرنا فِي المسألة قبلها.

وأما الجوابُ عما ذكروه من الإجماع، فهو أن نقول: اختلف الناسُ فيمن ينعقدُ بهم الإجماع، فمنهم من قال: لا ينعقدُ إلا بالعلماء من الأمة دون العوام، ومنهم من قال: يُعتبر الجميع في[1] انعقادِه، فلابد من اعتبار العلماءِ كلِّهم علىٰ القولين جميعًا، وأصحابُ الشافعي يخالفون فِي هذه المسألة، فلا تصح دعوىٰ الإجماع فيها.

فإن قيل: فالإجماعُ علىٰ هذا سابقٌ لهم؟

قيل: لا نسلِّم لكم أن الشركة علىٰ هذا الوجه كانت مستعملةً قبل الشافعي وأصحابه، فبيِّنوا أولًا أن ذلك كان مستعملًا فيما بين الأمة حتىٰ يصح الاحتجاج به؛ علىٰ أن هذا يبطل عليهم بأجرة التعليم؛ لأن الناس لم يزالوا علىٰ هذا فِي جميع الأعصار من لدن النبي ﷺ إلىٰ زماننا هذا، ولم ينكره أحدٌ، وعندهم أن ذلك باطلٌ.

وجوابٌ آخر، وهو أن الإنكارَ إنما لم يرد من أحدٍ عليهم؛ لأن المسألة مختلفٌ فيها، وكلُّ مسألةٍ مختلفٌ فيها إذا استعملتِ العامةُ رأي بعضِ

---

(١) في (ص): «من» وهو تحريف.

الفقهاءِ فيها لم يكن للباقين الإنكارُ عليهم، وذلك لا يدل علىٰ أن المسألة إجماعٌ منهم.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على شركة العِنان، فهو أنَّا لا نسلِّم أن هذه الشركة تختص باسمٍ لأنها شركةٌ تضاف إلىٰ سببها، وهو ما وقع الاشتراكُ عليه، فيقال شركة الأبدان؛ لأنها علىٰ عمل البدن، كما يقال شركة العروض، وشركة الاحتطاب، وإذا لم يسلم ذلك لم يصح القياس، ثم إن سلم لهم ذلك فالاعتراض عليه ما قدمناه فِي المسألة قبلها، والمعارضةُ فيه عكسٌ علينا.

وأما الجوابُ عن استدلالهم بتقبل العمل وضمانه، فهو أنَّا لا نسلِّم أن تقبل العمل وضمانه يصح؛ لأن العمل فِي مسألتنا غير واجبٍ وغير معلومٍ، وعندنا: أن المال لا يصح ضمانه إذا كان غير واجبٍ، أو كان واجبًا وكان غير معلومٍ.

ثم الفرقُ بين مسألتنا وبين مسألة القصَّار، وهو أن فِي تلك المسألة عقد الإجارة علىٰ منافعه، فلزمه تحصيل العمل الذي استحق عليه، وكان له أن يعمله بنفسه، أو يستعين فيه بغيره، بكراءٍ أو بغير كراءٍ، وبزيادةٍ ونقصانٍ، كما إذا استسلف فِي طعامٍ معلومٍ دراهم وحلَّ الأجل، وكان له طعامٌ من جنس ما استسلف فيه، فهو بالخيار بين أن يدفع من ذلك الطعام، وبين أن يشتري طعامًا غيره بمثل ذلك الثمن أو دونه؛ لأن المعقود عليه غير متعينٍ فِي جهةٍ، وإنما هو فِي الذمة، فكان له تحصيلُه من أي جهةٍ أراد إذا كان علىٰ الصفة المستحقة بالعقد، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأن عمل كلِّ واحدٍ منهما غير لازمٍ له فِي ذمته؛ لأن عقد الشركة ليس بمعاوضةٍ، وليس بلازمٍ لكلِّ واحدٍ منهما، ألا ترىٰ أن التقبل الذي ذكروه فِي مسألة القصَّار يصح فِي مسألتي الاحتطاب والاحتشاش، ولا تصحُّ هذه الشركة فيهما علىٰ ذلك الوجه.

هذا كله مع أبي حنيفة، فأما مالكٌ، فإنه احتج بأن الصنعة إذا اتفقت تقارب الكسبان، وإذا اختلفت تفاوت الكسبان، ودليلنا ما ذكرناه، فأما ما اعتل به مالكٌ فلا يصح؛ لأن تفاوت الكسب موجودٌ مع الاتفاق؛ لأن أحدهما قد يكون أحذق من صاحبه؛ فيكون كسبُه أضعافَ كسبِ صاحبِهِ؛ فبطل ما قالوه.

وأما أحمدُ، فإنه احتج بما روي أن سعدَ بن أبي وقاصٍ وابنَ مسعودٍ وعمارًا اشتركوا فيما يغنمونه، فأتىٰ سعدٌ بأسيرين، ولم يأتيا بشيءٍ، فشرك رسولُ الله ﷺ بين الثلاثة[1]، وإذا جاز هذا فِي الاغتنام جاز فِي الاحتطاب والاحتشاش؛ لأنه لا فرق بينهما.

ودليلنا: ما قدمناه مع أبي حنيفة.

فأما الجوابُ عن الخبر، فنقول: كان ذلك فِي قتال بدرٍ، وغنائمُ بدر كانت لرسول الله ﷺ يقسمُها كيف شاء[2]، فشَرِك بينهم فيما غنم أحدُهم رضًا منه، ويجوز[3] أن يكون سعدٌ باشَرَ أَخْذَهما بنفسه، وعاونه صاحباه، وكانا رِدْءًا له؛ وذلك يوجبُ التشريك، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

شركةُ الوجوهِ عندنا باطلةٌ[4]، وصورتُها: أن يكون رجلان وجيهين فِي الأسواق ليس لهما مالٌ، فيعقدان الشركة علىٰ أن يتصرف كلُّ واحدٍ منهما

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٨٨) وابن ماجه (٢٢٨٨) والنسائي (٣٩٣٧، ٤٦٩٧) والدارقطني (٢٩٣٢) من طريق أبي عبيدة عن ابن مسعود رضي الله عنه، وهو منقطع.

(٢) ذكره بحر المذهب (٦/ ١١).

(٣) في (ص، ف): «ولا يجوز» وإثبات حرف النفي غلط ظاهر.

(٤) ذكره بحر المذهب (٦/ ١١) وقال: وتسمىٰ شركة الجاه، وهذا خلاف في العبارة، والحكم فيهما سواء وهو البطلان، العلة ما ذكرناه في شركة الأبدان.

بجاهه فِي ذمته، ويكون ما يرتفع بينهما.

وقال أبو حنيفة: يصح، وإذا عقداها كان ما يرتفعُ لهما علىٰ حسب ما شرطاه بينهما، واحتج فِي هذه المسألة بمثل ما احتج به فِي شركة الأبدان وشركة المفاوضة، ودليلُنا عليه قد مضىٰ هناك.

إذا ثبت هذا؛ فإن اشترىٰ أحدهما بعدما عقد تلك الشركة؛ نظر، فإن أطلق الشراء لم يشاركه صاحبه فيه، وإن نوىٰ بالشركة أن يكون له ولصاحبه وكان صاحبه قد أذن له فِي ذلك كان بينهما علىٰ حسب ما نواه بالتوكيل لا بالعقد الذي هو شركةٌ، فإذا ثبت أن يكون بينهما بالتوكيل، فإنه يراعىٰ فيه شرائط الوكالة؛ من تعيين الجنس الذي يريد أن يتصرف فيه، وغير ذلك من الشرائط التي نذكرها فِي صحة الوكالة، والله أعلم.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ **قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالشَّرِكَةُ الصَّحِيْحَةُ أَنْ يُخْرِجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَنَانِيْرَ مِثْلَ دَنَانِيْرِ صَاحِبِهِ، وَيَخْلِطَانِهَا فَيَكُونَانِ فِيْهَا شَرِيْكَيْنِ)**[١].

وهذا كما قال.. لا فرق بين أن يتفق المالان فِي القدر أو يختلفا، فيخرج أحدُهما أكثر مما أخرجه الآخر.

وقال أبو القاسم الأنماطي[٢]: لا تجوزُ الشركةُ إذا اختلف مقدارُ المالين، واحتج بأن هذا ظاهرُ قول الشافعي؛ لأن الشافعي قد قال: «والشركةُ الصحيحةُ أن يخرج كلُّ واحدٍ منهما دنانير مثل دنانير صاحبه»،

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

(٢) عثمان بن سعيد بن بشار أبو القاسم الأنماطي الأحول، وهو السبب في نشاط الناس للأخذ بمذهب الشافعي .. العقد المذهب (ص ٢٨).

فشرط أن تكون الدنانير متماثلة، وهذا اللفظ يقتضي التساوي فِي المقدار كما اقتضىٰ التساوي فِي الجنس والنوع والصفة.. قال: والذي يدلُّ علىٰ ذلك من جهة المعنىٰ أنهما لو تساويا فِي المال لم يختلفا فِي الربح، فكذلك إذا تساويا فِي العمل وجب أن لا يختلفا فِي الربح، وإذا أخرج أحدُهما أكثر مما أخرجه صاحبُه فإنهما يتساويان فِي العمل، ويختلفان فِي الربح، فلم يَجُزْ ذلك[١].

وهذا الذي ذكره غير صحيح، والدليلُ علىٰ جواز تفاضل المالين أنهما مالان إذا خُلطا اختلطا؛ فجاز عقدُ الشركة عليهما، أصله: إذا تساويا فِي المقدار.

فأما الجوابُ عما ذكره من أن ظاهِرَ كلام الشافعِيِّ يدلُّ على ذلك، فهو أَنَّا نحملُه علىٰ أنه أراد المماثلة فِي الجنس والنوع والصفة دون القدر، ونعدلُ عن الظاهر؛ بدليل ما ذكرناه؛ لأن أصوله تدل علىٰ تجويز هذه الشركة[٢].

وأما الدليلُ الذي ذكره فالجوابُ عنه أن المال فِي الشركة هو المقصود - وهو الأصلُ الذي يتقسَّطُ عليه الربح - فلهذا لم يَجُزْ أن يتساويا فِي المقدار ويختلفا فِي الربح، وليس كذلك العمل؛ فإنه تابعٌ للمال فلم نراع فيه التساوي، ألا ترىٰ أنه قد يمرضُ أحدُهما فلا يعملُ شيئًا ويعملُ صاحبه

---

(١) نقل بحر المذهب (٦/ ١١) كلامه وقال: وهذا غلط؛ لأن العمل في الشركة تابع للمال والمال هو الأصل فلم يصح اعتبار العمل بالمال، ومراد الشافعي بما ذكر المثل في الجنس والصفة دون القدر.

(٢) وذكر بحر المذهب (٦/ ١٣- ١٤) أن هذه الشركة صحيحة بأربع شرائط: إحداها أن يكون ما يخرجه كل واحد منهما مثل ما يخرجه الآخر جنسًا ونوعًا وصفة، والشرط الثاني: في خلط المالين، والثالث: أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف، والرابع: أن يكون الربح علىٰ قدر المالين.

ويكون الربح الذي يرتفعُ بعمل أحدهما بينهما علىٰ قدر المالين؛ فلهذا قلنا إنه يجوز أن يختلفا فِي الربح وإن تساويا فِي العمل، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ : (فَإِنْ اشْتَرَيَا، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيْعَهُ أَحَدُهُمَا دُوْنَ صَاحِبِهِ، فَإِنْ جَعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يَتَّجِرَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بِمَا رَأَى مِنْ أَنْوَاعِ التِّجَارَاتِ قَامَ ذَلِكَ مَقَامَهُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا عقدا الشركة علىٰ المالين، وخلطاهما، كان لكلِّ واحدٍ منهما أن يتصرَّف فِي قدر نصيبه، ولا يجوزُ له التصرُّفُ فِي نصيب شريكه حتىٰ يأذن له، فإذا أذن له فيه[٢]: جاز أن يتصرَّف علىٰ حسب ما أذن له من ذلك، فإن أطلق الإذن فِي التجارة والتصرُّف فِي الأمتعة تصرَّف فيها مطلقًا، وإن عين له جنسًا دون جنسٍ أو نوعًا دون نوعٍ كان له التصرُّف فِي ذلك الجنس والنوع دون ما عداه، وإنما كان كذلك لأن كلَّ واحدٍ منهما يتصرف فِي نصيب صاحبه بتوكيلٍ منه له فيه، فكان تصرُّفه حسب تصرف الوكيل فِي التعيين والإطلاق.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ : (فَمَا رَبِحَا أَوْ خَسِرَا فَلَهُمَا وَعَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ)[٣].

وهذا كما قال.. عندنا لا يجوزُ أن يتفاضل الشريكان فِي الربح مع التساوي فِي المال، ولا أن يتساويا فيه مع التفاضل فِي المال، ومتىٰ شرطا

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

(٢) زيادة ضرورية.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

خلاف ذلك كانت الشركة باطلةً، وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك[١].

واحتج من نصره بشيئين؛ أحدهما: أن فِي شركة القراض يجوز أن يشترط الاختلاف فِي الربح، فيكون لأحدهما أكثر مما للآخر، فكذلك فِي هذه الشركة.

قالوا: ولأن أكثر ما[٢] فِي هذا الشرط أنه جعل جزءًا من الربح فِي مقابلة عمل؛ لأن صاحبه قد يكون أبصر بالتجارة وأحسن قيامًا بها منه، فشرط له الزيادةً فِي مقابلة فضل عمله، وذلك جائزٌ، ألا ترىٰ أن عقد القراض إذا شرطا فيه جزءًا من الربح للعامل جاز فِي مقابلة عملٍ مجردٍ، فكذلك ههنا؛ ولأن الشريكين لما جاز أن يتساويا فِي الربح جاز أن يتفاضلا فيه كالمضارِبِ وربِّ المال.

ودليلُنا: أن الربح تبعٌ للمال كما أن الخسران تبعٌ له، ألا ترىٰ أنهما يقسطان عند الإطلاق علىٰ مقداريهما، فإذا كان كذلك لم يَجُزْ بشرط التفاضل فِي البيع مع التساوي فِي الأصل، كما لا يجوز أن يكون الخسران علىٰ أحدهما أكبر مما علىٰ الآخر.

وأيضًا، فإن الزيادة المشروطة جزءٌ من الربح لا يستحقه بمطلق الشركة، فوجب أن لا يستحق بالشرط، أصله: إذا شرطا لأجنبي بعض الربح.

وأيضًا، فإن الربح فائدةٌ متفرعةٌ من ماليهما؛ فوجب أن يتقسط علىٰ قدر المالين، الدليلُ عليه إذا أطلقا ذلك، وأصله أيضًا: إذا كان بينهما بستانٌ أو عقارٌ فإن قدر ما يرتفع من الثمرة والغلة يكون بينهما علىٰ قدر حصتيهما، سواء أطلقا ذلك أو اشترطا تفاضلًا.. قال أبو علي ابن أبي هريرة: ولأن هذا

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٤٨٢)، وبحر المذهب (٦/ ١٣).

(٢) في (ص): «مما».

العقد يؤدي إلىٰ أن يكون عقدين فِي عقدٍ؛ لأنه جَمَعَ له بين الشركة فِي المال وبين القراض؛ لأنه جَعَلَ الزيادة المشروطة فِي مقابلة التحمل، وذلك قراض.

فإذا ثبت هذا، ثبت أن هذا العقد باطل، لأن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن بيعتين فِي بيعة[١]، ولأنهما شرطا فِي[٢] ذلك عملًا علىٰ رب المال، وذلك زيادة فساد، فدل هذا علىٰ بطلانه.

فأما الجوابُ عن قياسِهم على القراض، فهو أن نقول: المعنىٰ فيه أن العامل لا يثبتُ له جزءٌ من الربح إلا بالشرط، فكان ذلك مستفادًا بالشرط دون الإطلاق، فكان علىٰ حسب ما يشترطانه، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأن الربح تبعٌ للمال يتقسط علىٰ قدره عند الإطلاق، فإذا شُرِط شرطٌ يخالف مقتضىٰ إطلاقه كان باطلًا[٣].

وأما الجوابُ عن دليلهم الثاني، فهو أن الربح إنما قابل عمل العامل فِي القراض؛ لأنه ليس فيه مالٌ، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأن لكلِّ واحدٍ منهما فِي الشركة مالًا، فيقسط علىٰ قدرهما، علىٰ أنهم لا يشرطون أن تكون تلك الزيادة فِي مقابلة عمل؛ لأنهما لو شرطاها لأقلهما بصرًا بالتجارة وأبلدهما[٤] فيها جاز ذلك[٥].

♦ مَسْألَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَتَى فَسَخَ أَحَدُهُمَا الشَّرِكَةَ انْفَسَخَتْ)[٦].

---

(١) أخرجه أحمد (٩٥٨٤، ١٠١٤٨، ١٠٥٣٥).

(٢) زيادة ضرورية.

(٣) نقله بحر المذهب (٦/ ١٤) عن المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٤) في (ص، ف): «وأبلهما»!

(٥) سيأتي مزيد بحث للمسألة (ص ١١٤ - ١١٥).

(٦) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

وهذا كما قال.. إذا عقد الشركة، ثم أذن كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه فِي التصرف فتصرفا، ثم فسخ أحدُهما الشركة؛ انفسخت، وكان لصاحبه أن يتصرف فِي نصيبه دون نصيب الآخر، وكان للفاسخ أن يتصرف فِي نصيبه ونصيب صاحبه، لأنه راجعٌ فِي إذنه، وإنما كان كذلك؛ لأن تصرُّف كلِّ واحدٍ منهما فِي نصيب صاحبه إنما هو علىٰ جهة التوكيل، وللموكِّل أن يمنع الوكيل من التصرف أي وقتٍ أراد؛ لأن الوكالة عقدٌ جائزٌ.

إذا ثبت هذا؛ فإن هذا الفسخ يمنع من التصرف علىٰ ما بيناه، والمالُ مشتركٌ بعدُ بينهما؛ لأنه مختلط غير متميز، ولا يتميز بالفسخ.

إذا ثبت هذا؛ فإن كان المالُ قد نضَّ فلهما أن يتقاسماه، وإن كان عروضًا كان لهما أن يتقاسماها، وإن أرادا بيعها كان لهما ذلك، وإن اختلفا فأراد أحدهما البيع وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع منهما.

فإن قيل: فقد قلتم إن ربَّ المال فِي القراض إذا امتنع عن بيع العروض بعد فسخ المضاربة أُجبر علىٰ ذلك، فهلا قلتم ههنا مثله؟

فالجوابُ: أن الفرقَ بينهما أن حق العامل فِي الربح، ولا حق له فِي رأس المال، وإنما يبين الربح إذا نضَّ المال، فيعزل قدر رأس المال منه، ثم يقسم الربح علىٰ حسب الشرط، فلهذا أجبرناه علىٰ البيع، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأن أصل المال بينهما، والربح بينهما، وإذا تقاسما - والمالُ عروضٌ - توصل كلُّ واحدٍ منهما إلىٰ حقِّه؛ فلهذا لم يُجبر الممتنع منهما علىٰ البيع، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: ([وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا انْفَسَخَتِ الشَّرِكَةُ][1] وَقَاسَمَ وَصِيُّ

---

(١) زيادة من مختصر المزني، وينظر الحاوي الكبير (٦/ ٤٨٤) وبحر المذهب (٦/ ١٨).

الْمَيِّتُ شَرِيْكَهُ، فَإِنْ كَانَ الوَارِثُ بَالِغًا رَشِيْدًا وَأَحَبَّ أَنْ يُقِيْمَ عَلَى شَرِكَتِهِ كَأَبِيهِ، فَجَائِزٌ)[1].

وهذا كما قال.. إذا مات أحدُ الشريكين انفسخت الشركة بموته؛ لأنَّا قد بيَّنا أن ذلك يجري مجرىٰ التوكيل، والوكالة تبطل بالموت، فكذلك ههنا، ومعنىٰ الانفساخ أن الثاني منهما لا يتصرفُ فِي حصة الميت، وأما المالُ فهو مشترك لأنه مختلطٌ.

إذا ثبت هذا، فلا يخلو الوارثُ من أن يكون رشيدًا أو موليًا عليه:

فإن كان رشيدًا؛ كان بالخيار فِي تلك الحال بين أن يبقي الشركة وبين أن يطالبه بالقسمة، وسواء كان الحظُّ فيما يختارُه أو يتركه، فإن اختار البقاء علىٰ الشركة استأنف الإذنَ للشريك فِي التصرف.

وأما إذا كان موليًا عليه فإن الوصي ينوب عنه أو الحاكم إن لم يكن وصي، ويُنْظَرُ، فإن كان الحظُّ فِي البقاء علىٰ الشركة استأنف الإذن للشريك فِي التصرف، وإن كان الحظُّ فِي المفاصلة قاسمه المال، ولا يجوزُ له أن يترك ما فيه الحظُّ إلىٰ غيره؛ لأن النظر إليه فِي المال علىٰ وجه الاحتياط.

هذا إذا لم يكن هناك دينٌ، فأما إذا كان هناك دينٌ لم يكن للوارث أن يستأذن الشريكَ فِي التصرف؛ لأن الدين تعلَّق بالتركة كلِّها تعلق الحق بالرهن، فكما لا يجوز له عقدُ الشركة فِي المال المرهون فكذلك فِي هذا المال.

فإن قضىٰ الدين من غير ذلك المال كان الحُكم فيه بعد القضاء كما لو لم يكن عليه دينٌ، وإن قضاه من ذلك المال، فإن بقي منه شيءٌ كان فِي الباقي بعد القضاء علىٰ ما ذكرنا.

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

فأما إذا لم يكن هناك دينٌ وكان وصية، نُظر، فإن كان لمعينٍ وكان الموصي أوصىٰ له بثلث مال الشركة، أو أوصىٰ له بثلث ماله، وعين الوصية فِي مال الشركة، وكان ذلك المال بحيث إذا أخرج منه ثلث جميع ماله فضل منه شيء، فإن الثلاثة فيه شركاء، والخيارُ إليهم فِي المقاسمة وفِي البقاء علىٰ الشركة علىٰ ما بيناه فِي الشريك والوارث.

وإن كانت الوصية لقومٍ غير معينين، مثل أن يكون للفقراء والمساكين لم يَجُزْ له البقاء علىٰ الشركةً؛ لأن حقَّهم قد تعلق بذلك المال، فإذا عزل حصتهم وبقي منه شيءٌ، كان بالخيار علىٰ ما بيناه.

فرع

إذا كان بين رجلين ثلاثةُ آلاف درهم مشتركةٌ فيما بينهما، لأحدهما منها ألفٌ وللآخر ألفان، فأذن صاحبُ الألفين لشريكه أن يتصرف فِي المال علىٰ أن يكون الربحُ بينهما نصفين، نُظِر، فإن شرط أن يعمل هو أيضًا معه كانت الشركة باطلةً؛ لأنهما شرطا التساوي فِي الربح مع التفاضل فِي المال.

فأما إذا كانت المسألة بحالها ولم يشرط العمل علىٰ نفسه صحَّت الشركة وكانت شركة قراضٍ، فيكون قد قارضه علىٰ الشركة علىٰ أن يكون له من ربحها الربع، فتقسم نصفُ الدراهم علىٰ ستة أسهمٍ، فيكون لصاحب الألف منها ثلاثة أسهم: سهمان بحقِّ ماله، ويكون له السدسُ بشرط صاحب الألفين، وهو سهمٌ واحدٌ، وذلك السدس هو ربع ثلثي جميع الربح، فيكون الربح بينهما نصفين علىٰ هذا الترتيب.

وليس فِي هذا العقد أكثر من أنه قراضٌ بمالٍ مشاعٍ مختلطٍ بمال المقارض، وذلك لا يمنعُ صحةَ القراض، وإنما لا يصحُّ القراض فِي المال المشاع إذا كان الشريكُ فيه غير المقارض؛ لأنه لا يتمكنُ من التصرف فيه

لكونه مشتركًا بين المقارض وشريكه، والمقصودُ من القراض تنمية المال، وهذا الاختلاطُ يمنع من المقصود؛ فلذلك أبطل القراض.

فرع

إذا كان بين رجلين ألفا درهمٍ، لكلِّ واحدٍ منهما ألفٌ، فأذن أحدُهما للآخر فِي التصرف فِي ذلك المالِ علىٰ أن يكون الربحُ بينهما نصفين؛ لم يكن ذلك شركة ولا قراضًا؛ لأنه لم يشرط علىٰ نفسه العمل، فمن هذا امتنع أن تكون شركةً ولم يشترط له جزءًا من الربح، فلهذا امتنع من أن يكون قراضًا، فإذا كان كذلك ثبت أنه بضاعةٌ سأله أن يتصرف له فيها ويكون ربحها له.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوِ اشْتَرَيَا عَبْدًا، وَقَبَضَاهُ، فَأَصَابَا بِهِ عَيْبًا، فَأَرَادَ أَحَدُهُمَا الإِمْسَاكَ وَالْآخَرُ الرَّدَّ، قَالَ الشَّافِعِيُّ: ذَلِكَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ مَعْقُولًا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا اشْتَرَىٰ نِصْفَهُ بِنِصْفِ الثَّمَنِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ الشريكان عبدًا بمال الشركة، ثم أصابا به عيبًا، كان لهما أن يرداه، وكان لهما أن يمسكاه، فإن أراد أحدُهما الردَّ والآخرُ الإمساكَ، كان لهما ذلك.

وقال أبو حنيفة: إذا امتنع أحدُهما من الرد لم يكن للآخر أن يرده.

والدليلُ على صحة قولنا ما ذكره الشافعي ههنا؛ فإنه قال: (لأنَّ معقولًا أن كلَّ واحدٍ منهمَا اشترىٰ نصفَهُ بنصْفِ الثمنِ)، [وقال فِي البيوع[٢]: (لأنَّ

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٧).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠) باب الرد بالعيب.

موجودًا فِي شراءِ الاثنينِ أنَّ كلَّ واحدٍ منهما مُشْتَرٍ للنصفِ بنصْفِ الثمن)][١]، وتحريرُه: أنه مُشْتَرٍ للنصف، فإذا أراد رد جميع ما اشتراه بالعيب كان له، كما إذا اشترياه فِي صفقتين.

فإن قيل: فِي ذلك إضرارٌ بالبائع؛ لأنه يؤدي إلىٰ تبعيض الصفقة عليه، **فالجوابُ**: أن البائع قد بعَّض الصفقة ببيعه من اثنين، وخرج الشيء من ملكه مبعضًا؛ لأنه متىٰ كان فِي أحد طرفي العقد اثنان فهو بمنزلة العقدين، فسقط ما قالوه.

فإن قيل: الإيجاب واحدٌ، فكان خروجه من ملكه جملة واحدة، **فالجوابُ**: أنه إيجابان؛ لأن[٢] قوله (بعتُكما) بمنزلة قوله (بعت كل واحدٍ منكما) والتثنية بمنزلة اللفظ المكرر، وقد ذكرنا هذه المسألة فِي البيوع مستقصاة؛ فغنينا عن إعادتها[٣].

فَرع

إذا اشترىٰ أحدُ الشريكين عبدًا للشركة، ثم أصابا به عيبًا، كان لهمْا أن يردَّا أو يُمسكا، فإن أراد أحدُهما الردَّ وأراد الآخرُ الإمساكَ فهل لمن طلب الرد أن يرد أم لا؟ يُنظر، فإن كان أطلق العقدَ ولم يخبر البائع بأنه يشتريه للشركة لم يكن له الرد؛ لأن الظاهر أنه اشتراه لنفسه دون شريكه.

فإذا ادَّعىٰ أنه اشتراه له ولشريكه فقد ادَّعىٰ خلاف الظاهر؛ فلم يقبل قوله، وكان القولُ قولَ البائع فِي ذلك، وأما إذا أخبره بذلك حين العقد، فهل له أن ينفرد بالرد أم لا؟ فيه وجهان:

---

(١) ليس في (ص).

(٢) في (ص): «لأنه».

(٣) نقله عن المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بحر المذهب (٦/ ١٩).

أحدهما: ليس له الردُّ؛ لأن القبولَ فِي العقد كان واحدًا، وإذا كان القبولُ واحدًا كان كما لو[١] اشتراه لنفسه وحده، ويخالف بيعه من اثنين؛ لأنه بمنزلة الإيجابين، لأن التثنية بمنزلة اللفظ المكرر.

والوجه الثاني: أن له ذلك - وهو الصحيح - لأن الملك بالعقد وقع لاثنين، وقد دخل البائعُ فِي ذلك علىٰ بصيرةٍ؛ لأنه علم أنه يبيعه من اثنين، فكان لأحدهما أن ينفرد بالرد دون الآخر.

والذي ذكروه من أن[٢] **لفظ القبول واحد، فالجوابُ عنه**: أن اللفظَ وإن كان واحدًا غير أن البائع دخل علىٰ أنه قبولٌ لاثنين؛ فكان فِي حُكم القبولين، كما يُوجب البائع لاثنين إيجابًا واحدًا، فيكون فِي حكم الإيجابين؛ فكذلك القبول.

فرع

إذا باع أحدُ الشريكين عينًا مِن أعيانِ الشركة، وأطلق البيعَ، ثم ادَّعىٰ بعد ذلك أنه باع مالًا مشتركًا بينه وبين غيره، ولم يأذن له شريكُه فِي البيع لم يُقبل قولُه علىٰ المشتري[٣]؛ لأن الظاهِر أن ما يبيعُه ملكٌ له ينفرد به دون غيره، فإذا ادَّعىٰ خلاف الظاهر لم يسمع منه، فإن ادَّعىٰ ذلك شريكُه وأقام البينةَ علىٰ دعواه ثبت بالبينة أنه باع ملكه وملك غيره، وللمشتري أن يدعي عليه أنه أذن له فِي بيعه، ولهذا أن ينكِرَ ذلك ويحلِفَ أنه ما أذن له؛ لأن الأصلَ عدمُ الإذن، فإذا حلف ثبت أن البائع باع ملك غيره بغير إذن صاحبه، فبطل البيعُ فِي ملك شريكه، وهل يبطل فِي ملكه أم لا؟ فيه قولان بناءً علىٰ تفريق الصفقة، فإذا قلنا

---

(١) ليس في (ص).

(٢) ليس في (ص).

(٣) في (ص، ف): «البائع» وهو غلط .

لا نفرق بطل البيع فِي الجميع، وإذا قلنا نفرق صح فِي ملك البائع، وصار العبد المبيع مشتركًا بين المشتري وبين شريك البائع، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَلَوْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ كَانَ مَا اشْتَرَى لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ، وَلَوْ أَجَازَهُ شَرِيكُهُ مَا جَازَ؛ لِأَنَّ شِرَاءَهُ كَانَ[1] عَلَى غَيْرِ مَا يَجُوزُ عَلَيْهِ)[2].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ أحدُ الشريكين شيئًا بمالِ الشركة، بما لا يتغابنُ الناسُ بمثله لم يخلُ من أحد أمرين؛ إما أن يشتري ذلك بثمنٍ فِي الذمة كان للمشتري دون شريكه[3]؛ لأن إذن شريكه لم يتناول هذا الشراء، فهو كما لو اشترىٰ له شيئًا بغير إذنه، فأما إذا اشتراه بثمنٍ معينٍ من مال الشركة، وثبت أن الثمن المعين من مال الشركة بتصديق البائع أو ببينةٍ أقامها الشريك، بطل الشراء فِي نصف الثمن.

وهل يبطل فِي النصف الآخر أم لا؟ علىٰ قولين؛ بناءً علىٰ تفريق

---

(١) زيادة ضرورية.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٨).

(٣) كذا في (ص، ف)، وفي الكلام سقط ظاهر، وجاء على الصواب في الحاوي (٦/ ٤٨٧) فقال: (فإذا اشترىٰ الشريك بما لا يتغابن الناس بمثله لم يخل الشراء من أن يكون بغير المال أو في ذمته، فإن كان الشراء في ذمته كان لازمًا له دون شريكه وإن كان الشراء بغير المال كان الشراء في حق شريكه باطلًا لخروجه عن موجب الإذن) وقال بحر المذهب (٦/ ٢٠): (إذا اشترىٰ أحد الشريكين شيئًا بما لا يتغابن الناس بمثله فإن اشتراه في الذمة فالشراء له ويلزمه الثمن في خالص ماله. فإن نقد الثمن من مال الشركة فقد صار ضامنًا له. وإن كان اشتراه بعين مال الشركة فالشراء باطل في نصيب شريكه قولًا واحدًا، وفي نصيبه قولان بناة علىٰ تفريق الصفقة).

الصفقة، فإن قلنا لا نفرق؛ بطل فِي الجميع، وإن قلنا نفرق؛ بطل فِي النصف وصح فِي الباقي، فصار الثمن المعين مشتركًا بين البائع وبين المشتري.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ : (وَأَيُّهُمَا ادَّعَى فِي يَدَي صَاحِبِهِ مِنْ شَرِكَتِهِمَا شَيْئًا فهـوَ مُـدَّعٍ، وَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، وَعَلَى صَاحِبِهِ الْيَمِيْنُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ أحدُ الشريكين شيئًا، فادَّعىٰ أنه اشتراه لنفسه دون الشركة، وأنكر شريكُه ذلك، وزعم أنه اشتراه للشركة، كان القولُ قولَ المشتري مع يمينه، لأنه اختلافٌ فِي نيته، وهو أعلم بها من غيره، فأما إذا كان بخلاف ذلك فادَّعىٰ المشتري أنه اشتراه للشركة وأنكر شريكه ذلك وزعم أنه اشتراه لنفسه دون الشركة كان القولُ قولَ المشتري أيضًا؛ لأنه اختلافٌ فِي نيته، وهو أعلم بها[٢].

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ : (وَأَيُّهُمَا ادَّعَى خِيَانَة صَاحِبِهِ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا ادَّعىٰ أحدُ الشريكين علىٰ الآخر خيانةً مثل أن يقول «قد خنتني فِي دينارٍ» أو «فِي مائة درهم» أو أقل أو أكثر؛ فبيَّن الخيانَةَ، سُمعتْ دعواه، وكان القولُ قولَ من يدعي عليه الخيانة فِي أنه ما خانه مع يمينه؛ لأنه أمينٌ، والأصلُ أنه ما خان، وعلىٰ المدعي إقامة البينة علىٰ دعواه[٤].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٨).

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٤٨٨)، وبحر المذهب (٦/ ٢١).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٨).

(٤) الحاوي الكبير (٦/ ٤٨٨)، وبحر المذهب (٦/ ٢١).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَأَيُّهُمَا زَعَمَ أَنَّ الْمَالَ قَدْ تَلَفَ، فَهُوَ أَمِيْنٌ، وَعَلَيْهِ الْيَمِيْنُ)(١).

وهذا كما قال.. إذا ادَّعىٰ أحدُ الشريكين تلف المال الذي للشركة أو تلف شيءٍ منه، وأنكر ذلك صاحبه، فالقولُ قولُ المدعي للتلف؛ لأنه أمينٌ، فإذا ادَّعىٰ تلف الأمانة كان القولُ فِي ذلك قولَه؛ كالمودع إذا ادَّعىٰ تلف الوديعة(٢).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَمَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بِبَيْعِهِ، فَبَاعَهُ من(٣) رَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَأَقرَّ الشَّرِيْكُ الَّذِيْ لَمْ يَبِعْ أَنَّ الْبَائِعَ قَبَضَ الثَّمَنَ، فَأَنْكَرَ ذَلِكَ الْبَائِعُ(٤)، وَادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي، [فَإِنَّ الْمُشْتَرِي](٥) يَبْرَأُ مِنْ نِصْفِ الثَّمَنِ - وَهُوَ حِصَّةُ الْمُقِرِّ - وَيَأْخُذُ الْبَائِعُ نِصْفَ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرِي، وَيَحْلِفُ لِشَرِيْكِهِ مَا قَبَضَ مَا ادَّعَى، فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ صَاحِبُهُ، وَاسْتَحَقَّ الدَّعْوَى)(٦).

وهذا كما قال.. إذا كان عبدٌ بين شريكين، فأذن أحدُهما لصاحبه فِي بيع حصته من العبد مع حصة نفسه، وقبض ثمنها، فباعه بألف درهمٍ؛ صح

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٨).

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٤٨٩)، وبحر المذهب (٦/ ٢١).

(٣) يوجد طمس في (ص)، والمثبت من (ف).

(٤) يوجد طمس في (ص)، والمثبت من (ف).

(٥) زيادة ضرورية من مختصر المزني.

(٦) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٨).

البيع، ثم إن شريك[١] البائع أقر بأن شريكه البائع قبض جميع الثمن من المشتري، وادَّعىٰ المشتري ذلك، وأنكره البائعُ فإن المشتري يبرأ من نصف الثمن وهو حصة المقر، وإنما كان كذلك لمعنيين:

أحدهما: أن البائع وكَّله فِي قبض ثمن حصته، والموكِّلُ إذا أقر بقبض الوكيل فهو كما لو أقر بقبضه لنفسه.

والثاني: أن إقراره تضمن إبراءه عن حصته، وهو لو أبرأه برئ، فكذلك إذا تلفظ بما يتضمن الإبراء.

إذا ثبت هذا؛ فإن البائع ينكر القبضَ والمشتري يدعي عليه ذلك، ويدعيه أيضًا شريكه، فيحتاج أن يحاكم كلَّ واحدٍ منهما، فإن بدأ بمخاصمة المشتري أولًا فأنكر القبضَ وادعاه المشتري كان القولُ قولَ البائع مع يمينه؛ لأن الأصل أنه ما قبض شيئًا، وعلىٰ المشتري إقامة البينة علىٰ ذلك، فإن أقام عليه البينة إما شاهدين، أو شاهدًا وامرأتين، أو شاهدًا ويمين المشتري، قُبِل ذلك، وثبت أن البائع قد قبض منه الثمن.

وإن شهد له بذلك شريكُ البائع المقر فهل تقبل شهادته أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: لا تقبل؛ لأنه شهد بقبض ألفٍ نصفها له، فهو متهمٌ فِي ذلك، فَرُدَّت شهادته فيه، والشهادة إذا رُدَّ بعضُها رُدَّ جميعُها.

والثاني: أنها تُقبل؛ لأن التهمة فِي أحد النصفين دون الآخر، فسقطت فِي موضع التهمة، وثبتت فِي غيره، فعلىٰ هذا يحلف المشتري معه، ويثبت القبض بذلك.

---

(١) في (ص، ف): «الشريك».

فأما إذا لم يكن بينةٌ، فإن القولَ قولُ البائع مع يمينه، فإذا حلف رجع علىٰ المشتري بنصف الثمن، وسلَّم له ذلك، ولم يرجع عليه شريكُه بشيءٍ منه؛ لأنه مقِرٌّ بأنه أخذ من المشتري ظلمًا، وإن نكل رُدَّت اليمين علىٰ المشتري فحلف، وثبت القبض بذلك.

فإذا فرغ من خصومة المشتري عاد إلىٰ خصومة شريكه، وشريكه يدعي عليه القبض وهو ينكره، فيكون القولُ قولَه مع يمينه لما ذكرنا، وعلىٰ شريكه البينة، فإن أقام شاهدين، أو شاهدًا وامرأتين أو شاهدًا وحلف معه ثبت القبض، ورجع عليه بحقه، وإن لم يكن بينةٌ حلف البائع، فإذا حلف أسقط دعواه عن نفسه، وإن نكل حلف شريكُه، وثبت القبضُ بذلك، ويرجع عليه بحقِّه، هذا إذا بدأ فخاصم المشتري ثم ثَنَّىٰ بمخاصمة شريكه، وهكذا الحُكْمُ إذا بدأ بمخاصمة شريكه ثم ثَنَّىٰ بمخاصمة المشتري.

فإذا ثبت هذا؛ فإنه متىٰ أقام الشريكُ أو المشتري شاهدين علىٰ القبض، ثبت القبضُ فِي حقٍّ من أقامها وفِي حق صاحبه؛ لأن البينة حجةٌ يثبت بها الحقُّ فِي جَنبَة المقيم لها وفِي جَنبَة غيره.

وإن حلف الشريكُ أو المشتري مع الشاهد الواحد أو مع النكول ثبت القبضُ فِي حقه، ولم يثبت فِي حق الآخر، وكانت المحاكمةُ باقيةً بين البائع وبين الشريك أو المشتري، والفرقُ بين الشهادة حيث يثبتُ بها الحق فِي الجنبتين وبين اليمين حيث لم[1] يثبتْ بها الحق، إلا فِي جَنبَة الحالف، ولا يجوز أن يثبت بيمين رجلٍ حق لآخر، وليس كذلك البينة؛ فإنها حجة يثبت بها الحق لمن يقيمها ولغيره، فلهذا فرقنا بينهما، والله أعلم.

---

(١) ليس في (ص).

مَسألةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ: (وَلَوْ كَانَ الشَّرِيْكُ الَّذِي [بَاعَ هو][(١)] الَّذِي أَقَرَّ بِأَنَّ شَرِيْكَهُ الَّذِي لَمْ يَبِعْ قَبَضَ مِنَ الْمُشْتَرِي جَمِيْعَ الثَّمَنِ، فَأَنْكَرَ ذَلِكَ [الَّذِي لَمْ يَبِعْ][(٢)]، وَادَّعَى ذَلِكَ الْمُشْتَرِي فَإِنَّ الْمُشْتَرِي يَبْرَأُ مِنْ نِصْفِ الثَّمَنِ بِإِقْرَارِ الْبَائِعِ بِأَنَّ [شَرِيْكَهُ قد قَبَضَ][(٣)] فَإِنَّهُ فِي ذَلِكَ أَمِينٌ؛ فَيَرْجِعُ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالنِّصْفِ الْبَاقِي فَيُشَارِكُهُ فِيهِ صَاحِبُهُ؛ لِأَنَّهُ [لَا يَصْدُقُ][(٤)] عَلَى حِصَّةٍ مِنَ الشَّرِكَةِ تُسَلَّمُ لَهُ، إِنَّمَا يَصْدُقُ فِي أَنْ [لَا يَتَضَمَّنَ][(٥)] شَيْئًا لِصَاحِبِهِ، فَأَمَّا أَنْ يَكُوْنَ فِي يَدَيْهِ بَعْضُ مَالٍ بَيْنَهُمَا فَيَدَّعِي عَلَى شَرِيْكِهِ مُقَاسَمَةً يَمْلِكُ بِهَا هَذَا الْبَعْضَ خَاصَّةً فَلَا يَجُوْزُ، وَيَحْلِفُ لِشَرِيْكِهِ، فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ شَرِيْكُهُ وَاسْتَحَقَّ دَعْوَاهُ)[(٦)].

وهذا كما قال.. قد ذكرنا شرح المسألة قبل هذه، وبينا أن صورتَها أن يبيع أحدُ الشريكين عبدًا بينه وبين شريكه بإذنه، فباعه بألفٍ مثلًا، ثم إن الذي لم يبع أقر بأن البائع قبض الثمن، وأنكر البائعُ ذلك، وادعاه المشتري.

فإذا ثبت هذا، وكانت صورةُ المسألة بحالها فأقرَّ البائعُ أن شريكه قد قبض الثَمن من المشتري وادَّعىٰ المشتري ذلك وأنكره شريكُه الذي لم يبع، فإذا كان كذلك لم يبرأ المشتري عن شيءٍ من الثمن.

---

(١) بياض في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) بياض في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) بياض في (ص) والمثبت من (ف).

(٤) بياض في (ص) والمثبت من (ف).

(٥) بياض في (ص) والمثبت من (ف).

(٦) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٨).

أما الخمسُمائة التي للبائع فلا يبرأ منها؛ لأنه يقول «ما أعطيتني، ولا أعطيتَ من وكَّلته فِي قبضها، وإنما أعطيتها أجنبيًّا، ولا تبرأ من حقي بذلك».

وأما الخمسُمائة التي للذي لم يبع فلا يبرأ منها أيضًا؛ لأن الذي لم يبع يزعم أنها علىٰ المشتري لم يقبض بعدُ منها شيئًا وإنما البائعُ هو الذي يقر بالقبض وهو وكيلٌ للذي لم يبع فِي قبض حقِّه والوكيل إذا أقر علىٰ موكِّله بقبض الحقِّ الذي وكِّله فِي استيفائه لم يُقبل قولُه عليه، فثبت بهذين التعليلين أنه لا يبرأ عن شيء من الحقِّ.

إذا ثبت هذا وأن الحقَّ باقٍ علىٰ المشتري، فليس للبائع أن يطالبه إلا بقدر حقِّه؛ لأن إقراره بقبض موكِّله حقه تضمن عَزْلَه عن الوكالة بالقبض، فإذا انعزل بذلك لم يكن له القبضُ بعده، وله أن يطالبه بحقِّه من غير ثمنٍ يجبُ عليه للمشتري، ويجبُ علىٰ المشتري تسليمُه إليه فإذا أخذه لم يشاركه صاحبه فيه؛ لأنه قد انعزل بإقراره وما يقبضه بعد العزل فإنه يكون من حقِّه لا من حقِّ شريكه.

فهذا الكلامُ فِي جَنبَة البائع مع المشتري، فأما الكلامُ فِي جَنبَة الشريك الذي لم يبع مع المشتري فقد ذكرنا أن حقَّه ثابتٌ لم يبرأ المشتري منه بإقرار البائع، غير أنه يدعي عليه القبضَ وهو ينكر ذلك، فكان القولُ قولَه مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه دعوىٰ صحيحةً، ألا ترىٰ أنه لو أقر بها لسقط الحقُّ عن المشتري، ويفارق هذا البائع حيث قلنا إنه أخذ حقه منه من غير يمينٍ؛ لأن المشتري يدَّعي عليه دعوىٰ باطلةً؛ لأنه يقر بما يدعيه من قبض شريكه لجميع الثمن، ومع ذلك لا يسقطُ حقُّه، فإذا كان حقُّه لا يسقط بإقراره بذلك القبض لم يكن ليمينه فائدة.

فإن أقام المشتري علىٰ الذي لم يبع بينةً؛ شاهدين أو شاهدًا وامرأتين أو شاهدًا، وحلف معه، ثبت القبضُ وبرئ من حقه، وإن شهد له بذلك البائع قُبِلتْ شهادتُه؛ لأنه لا يجرُّ بها إلىٰ نفسه منفعةً، ولا يدفعُ بها مضرةً؛ لأنه يقول: «حقي ثابتٌ عليك ولا يسقط بالدفع إلىٰ شريكي، وأما حق شريكي فلا يرجع إليَّ منه شيءٌ بحال، أعطيته أو لم تعطه»، فثبت بهذا أنه لا مضرة عليه بدفعها بشهادته، ولا منفعة يجرها إلىٰ نفسه بها، فهذا الكلام فِي بيان المسألة.

فأما المُزنِي، فقد أخطأ فِي موضعين من هذه المسألة حين نقلها:

فالموضعُ الأول: نقْلُه أن[١] البائع إذا أقر بالقبض علىٰ شريكه برئ المشتري من حقه، وهذا إنما يجيء علىٰ مذهب أبي حنيفة؛ لأن عندهم أن الوكيلَ إذا أقرَّ علىٰ موكِّله بقبض الحقِّ الذي وكل فيه قُبِل إقراره، وعلىٰ مذهبنا لا نقبل إقرار الوكيل علىٰ موكله، قال أصحابنا: إنما اشتبه ذلك علىٰ المزني؛ لأن الشافعي كان يحكي فِي تصانيفه كلام محمد بن الحسن فِي مواضع ويقول: «قال محمدٌ كذا وكذا»، وربما قال فِي مواضع: «قال محمدٌ» يعني اسمه علىٰ رسم المصنفين، فاشتبه عليه من هذا الوجه؛ فنقل قول محمدٍ إلىٰ المسألة، وعنده أنه قول الشافعي[٢].

إذا ثبت هذا؛ فإن مذهب أبي حنيفة ومحمدٍ أن إقرار الوكيل مقبولٌ علىٰ موكِّله بقبض ما وكل فيه[٣]، ودليلُهما فِي ذلك أن يد الوكيل كيد الموكل، ألا ترىٰ أن من عليه الحقُّ يبرأ بالدفع إلىٰ الوكيل كما يبرأُ بالدفع إلىٰ الموكل، ثم لو أقر علىٰ نفسه بقبضه لحقِّ موكله قبل ذلك، فكذلك إذا أقر بقبض موكله،

(١) في (ص، ف): «إلىٰ»، وهو تصحيف.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٩١- ٤٩٢) ونهاية المطلب (٧/ ٣٧).

(٣) ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/ ٦٩).

وهذا غير صحيح؛ لأن الوكيل إذا أقر بقبضه، فأنكره الموكل، ففيه قولان؛ أحدهما: أنه يقبلٍ، والثاني: لا يقبل.

وإن أقر بأنه قبضه وتلف فِي يده وأنكر الموكلُ التلف كان القول فِي ذلك قول الوكيلِ قولًا واحدًا، فإذا قلنا لا يقبل لم يصح القياس عليه، وإذا قلنا يقبل، فالفرقُ بينهما أن قبضَ الوكيلِ من متضمِّن الوكالة فلهذا قُبِل إقراره وليس كذلك قبضُ الموكل؛ فإنه ليس من متضمِّن الوكالة فلهذا لم يُقبل إقراره به، ألا ترىٰ أنه إذا وكله فِي طلاق امرأته أو عتق عبده وأقر بأنه طلق أو أعتق قبل ذلك منه، ولو أقر علىٰ موكله بأنه طلقها أو أعتقه لم يُقبل ذلك عليه، وانعزل عن وكالته بهذا الإقرار؛ هذا الذي عليه أكثر أصحابنا.

ومنهم من صوَّب المُزنِيَّ فِي نقله، وتأول قوله (بأن المشتري يبرأ من)[١] نصف الثمن علىٰ البراءة من النصف الذي هو حقُّ الذي لم يبع فِي (حق البائع؛ لأنه قد انعزل بإقراره)[٢] بالقبض فليس له بعد ذلك[٣] مطالبة المشتري (بحق صاحبه فهذا معنىٰ البراءة.

وأما الموضعُ الثاني، فقد)[٤] ذكر المُزنِي أن البائع إذا قبض (قدْرَ حقِّه، شاركه صاحبه فيه، فأخذ منه نصف ما أخذ من المشتري؛)[٥] لأن حقَّ (كلِّ واحدٍ منهما متعلقٌ بحقِّ الآخر، ألا ترىٰ أنه لو قبض منه شيئًا قُبِل إقراره بالقبض كان بينهما، فإذا كان كذلك وأقر بما يتضمن عزْلَه، لم يُقبل ذلك فِي حقِّ شريكه، ويكون تعلقُ أحدِ الحقَّين بالآخر كما كان.

---

(١) موضع طمس وسواد في (ص)، والمثبت من (ف).

(٢) موضع طمس وسواد في (ص)، والمثبت من (ف).

(٣) موضع طمس وسواد في (ص)، والمثبت من (ف).

(٤) موضع طمس وسواد في (ص)، والمثبت من (ف).

(٥) موضع طمس وسواد في (ص)، والمثبت من (ف).

وذكر المُزنِي مسألتين شَبَّه هذه)[١] بهما؛ **إحداهما**: الأخوان إذا ورثا أباهما دينًا علىٰ رجل، فإذا قبض أحدهما منه شيئًا كان بينهما، ولا ينفرد به الآخر، **والأخرى**: إذا كاتب الرجلان عبدًا لهما، فإن ما يأخذه أحدهما من مال الكتابة يكون بينهما.

واختلف أصحابُنا فيما نقله المُزنِي، فمنهم من صوَّب قوله فِي ذلك، ومنهم من خطَّأه، وقال: يسلم للبائع ما أخذه، ولا يشاركه صاحبه فيه، وعليه شيوخُ أصحابنا أبو العباس بن سُريجٍ وأبو إسحاق، وغيرهما.

ووجهُه أن البائع لما أقر بالقبض تضمَّن إقرارُه عَزْلَه، فإذا انعزل لم يكن له إلا قبضُ حقِّه، ولو أراد أن يقبض حقَّ شريكه لم يكن له ذلك، فإذا لم يكن له ذلك فكيف يشاركه فيما يأخذه لنفسه من حقه.

وقولهم: إن كل واحدٍ من الحقين متعلقٌ بالآخر، فالجوابُ عنه: أن ذلك التعلق يزول بالعزل الذي حصل بإقراره، كما لو عزل نفسه عزلًا صريحًا لم يكن له بعد ذلك أن يقبض حق موكله، وإذا قبض قدْرَ حقِّه لم يشاركه موكِّلُه فيه.

وأما المسألتان اللتان ذكرهما فالفرقُ بينهما وبين مسألتنا أن سبب ثبوت حقِّ الأخوين لا يتبعضُ؛ لأنه لا يجوزُ أن يثبت الإرث لهما ثم ينفرد به أحدُهما دون صاحبه، فلهذا إذا قبض شيئًا شاركه أخوه فيه، وكذلك مال الكتابة لا يتبعضُ سببه؛ لأن العبد إذا كان بينهما لم يصح أن يكاتبه أحدُهما دون الآخر، وإنما تصح الكتابةُ إذا اتفقا علىٰ ذلك، فلما لم يتبعضْ سببُ ثبوت ذلك لم يتبعض المال، فكلُّ جزءٍ يأخذه أحدُهما يشاركه الآخرُ فيه، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأن سببَ الحقِّ بينهما يتبعض، فيصح أن يثبت

---

(١) موضع طمس وسواد في (ص)، والمثبت من (ف).

لأحدهما عليه قدْرُ حقِّه دون صاحبه، فلهذا تبعض أيضًا فِي القبض.

وحرفٌ آخر، وهو أن أحد الأخوين إذا قبض من تركة الأب شيئًا فإنما يأخذ حقَّ أبيه وماله، وكلُّ حقٍّ كان لأبيه فهو بينهما، وكذلك أحدُ السيدين إذا قبض من مال الكتابة شيئًا، فإنما يأخذ كسْبَ العبد، وهو يتقسط علىٰ قدْر الملكين، لأنه[1] لو لم يكن مكاتبًا لكان ما يرتفع من كسبه بينهما، فإذا قبض أحدُهما منه شيئًا كان بينهما، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأن أحدهما إذا قبض من المشتري شيئًا، فإنما يقبض حقَّه دون حقِّ صاحبه، فلهذا قلنا إنه ينفرد به، وهذا الفرقُ هو الصحيح، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَغَصَبَ رَجُلٌ حَقَّ أَحَدِهِمَا، ثُمَّ إِنَّ الغَاصِبَ وَالشَّرِيْكَ الآخَرَ بَاعَا الْعَبْدَ مِنْ رَجُلٍ، فَالبَيْعُ جَائِزٌ فِي نَصِيْبِ الشَّرِيْكِ الْبَائِعِ، وَلَا يَجُوْزُ بَيْعُ الْغَاصِبِ، وَلَوْ أَجَازَهُ المَغْصُوْبُ لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِتَجْدِيْدِ بَيْعٍ فِي مَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ)[2].

وهذا كما قال.. غصْبُ المشاع يصحُّ كما يصحُّ غصْبُ المفرد وذلك بأن يأخذ العبدَ ويمنعَ أحدَ الشريكين من استخدامه، ولا يمنع الآخَرَ، فيكون قد غصب حصة الذي منعه منه، وكذلك إذا كان شريكان فِي دارٍ، فيدخل الدارَ غاصبٌ، فيُخْرِجُ أحدَهما، ويُقْعِدَ[3] شريكه، فيكون غاصبًا لحصة الشريك الذي أخرجه، فإذا حصل المالُ المشتركُ فِي يد الغاصب وأحد الشريكين، ثم باعا ذلك المال، فقد ذكر الشافعي أن البيع جائزٌ فِي نصيب شريك

---

(١) في (ص): «لا».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٨).

(٣) في (ص): «ويعقد» وهو غلط.

المغصوب، ولا يجوز مع الغاصب.

واختلف أصحابنا فِي ذلك علىٰ طريقين؛ فمنهم من قال المسألة مبنيةٌ علىٰ تفريق الصفقة، فيبطل البيعُ فِي القدر المغصوب، ويكونُ فِي حصة الشريك البائع قولان، ومنهم من قال: المسألة علىٰ قولٍ واحدٍ كما قال الشافعي؛ لأن هذا البيع صفقتان إذ فِي طرفيه عاقدان، وإذا جمع بين الصفقتين فبطلت إحداهما لم تبطل الأخرىٰ.

وإنما بنينا المسألة علىٰ تفريق الصفقة، إذ الصفقة واحدةٌ، وهذا هو الصحيح، قال أبو إسحاق المروزي: فأما إذا غصب أحدُ الشريكين من الآخر وباع الجميع بطل فِي نصيب شريكه، ويكون فِي نصيبه قولان.

وأما إذا وكَّل الشريكُ الذي لم يغصب الغاصِبَ فِي بيع حصته فباع الغاصبُ جميعَ المال وأطلق البيع، فإنه يبطل فِي القدر المغصوب، وهل يبطل فِي حصة الشريك الموكل؟ علىٰ قولين بناءً علىٰ تفريق الصفقة؛ لأن الغاصب إذا أطلق ذلك كان الظاهر أنه ليس بنائبٍ عن غيره فِي ذلك البيع، وأن الصفقة واحدةٌ، وأما إذا لم يطلق ذلك وأقر للمشتري بأنه وكيلٌ فِي نصفه، فهو علىٰ الخلاف الذي ذكرناه بين أصحابنا.

فرع

قال أبو العباس بن سُريجٍ: إذا كان لرجلين عبدان، لكلِّ واحدٍ منهما عبدٌ بانفراده، فباعاهما [من رجلٍ واحدٍ، بثمنٍ واحدٍ، فهل يصحُّ ذلك أم لا؟ علىٰ قولين:

أحدهما: أنه يصُّح لأن جملة الثمن معلومة][1] فلا حاجة بنا إلىٰ معرفة قدْرِ ما يخصُّ كلَّ واحدٍ من العبدين، كما لو باع رجلٌ عبدين له من رجلٍ

(١) ليس في (ص).

صح ذلك إذا كانت جملة الثمن معلومة، وإن لم يكن ما قابل كل واحدٍ منهما منها معلومًا.

والقول الثاني: أن البيع باطلٌ؛ لأن كلَّ عقدٍ اجتمع فِي أحد طرفيه عاقدان فهو بمنزلة العقدين، ومن شرط صحة العقد أن يكون الثمنُ فيه معلومًا، والثمنُ فِي مسألتنا مجهولُ المقدار فِي كلِّ واحدٍ من العقدين، فهو كما لو أفرد العقدين وجعل الثمن فِي كلِّ واحدٍ منهما مجهولًا.

وهذا القولُ هو الأصح، ويفارقُ ما قالوه من الرجل يبيع عبديه فيصحُّ البيع، وإن كان القدْرُ الذي يقابل كلَّ واحدٍ منهما مجهولًا؛ لأن ذلك عقدٌ واحدٌ وجملةُ الثمن معلومة، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأنهما عقدان وثمنُ كلِّ واحدٍ منهما مجهولُ المقدار، فلهذا لم يصح.

وإنما خرَّج أبو العباس هذه المسألة علىٰ قولين؛ لأن الشافعيَّ نصَّ فِي الرجل يتزوج أربع نسوة دفعةً واحدةً بمهرٍ واحدٍ أن العقد فِي جميعهن صحيحٌ، والمهرُ علىٰ قولين[1]؛ **أحدهما**: أنه فاسدٌ، وترجعُ كلُّ واحدة منهن علىٰ الزوج بمهر مثلها، **والثاني**: أن المهر صحيح، ويُقسَّط عليهن علىٰ مقدار مهور أمثالهن، فتأخذ كلُّ واحدةٍ منهن من المسمَّىٰ القدر الذي قابل مهر مثلها قلَّ ذلك أو كثر.

والبيع بمنزلة المهر؛ لأن المهر يفسدُ بجهالته كما يفسد البيعُ بجهالة الثمن فيه، فيكون البيعُ علىٰ القولين اللذين ذكرهما الشافعي فِي المهر، وأما النكاحُ فيصح قولًا واحدًا؛ لأنه لا يفسد لجهالة المهر.

هذا كلُّه إذا كان لهما عبدان ينفرد كلُّ واحدٍ منهما بملك أحدهما، فأما

---

(١) الأم (٤/ ٢٨١).

إذا كان بينهما عبدان لكلِّ واحدٍ منهما نصفُ كلِّ واحدٍ من العبدين، فباعاهما، صحَّ البيعُ قولًا واحدًا؛ لأن الثمن يتقسطُ بينهما نصفين، لأن لكلِّ واحدٍ منهما مثل ما للآخر، وذلك معلومٌ، فيكون الثمن فِي كلِّ واحدٍ من العبدين معلومًا، وتفارق المسألة قبلها؛ لأن الثمن يتقسط فيها علىٰ قدر القيمتين، وما يقابل كلَّ واحدةٍ من القيمتين مجهولٌ لاختلافهما.

وإذا كان لرجلين قفيزان من طعامٍ من نوعٍ واحدٍ وصفةٍ واحدةٍ لكلِّ واحدٍ منهما قفيزٌ بانفراده فباعاهما معًا صح البيع؛ لأن الثمن يتقسط عليهما نصفين، ويكون الثمن فِي كل واحدٍ من القفيزين معلومًا.

فرع

إذا كان لرجلين عبدان، لكلِّ واحدٍ منهما عبد بانفراده، فأذن أحدُهما لصاحبه فِي بيع عبده، فباعهما معًا، نُظر، فإن أخبر المشتري بأن أحد العبدين له والآخر لغيره أذن له فِي بيعه، أو لم يخبره بذلك، وأطلق العقد، ثم ادَّعىٰ أن أحدَ العبدين لم يكن له وصدَّقه المشتري علىٰ ذلك فالمسألةُ علىٰ قولين علىٰ ما ذكرنا.

وأما إذا أطلق ذلك، ولم يصدِّقه المشتري فِي دعواه بعد العقد، ولم يُقِم البينةَ علىٰ ذلك، فإن القولَ قولُ المشتري مع يمينه، فيحلف بالله أنه لا يعلمُ أن أحد العبدين لم يكن له، فإذا حلف أسقط دعوىٰ البائع، وصح البيع[١] ولزم.

وأما الثمنُ الذي حصل فِي يد البائع وصاحبه فهو علىٰ القول الصحيح مالُ المشتري فِي أيديهما، وهما مقران بأنهما لا يستحقانه ثمنًا غير أنهما يستحقانه من وجهٍ آخر، وهو أن عبديهما فِي حكم المغصوب فِي يد

---

(١) في (ص، ف): «المبيع» وهو غلط.

المشتري، والمشتري فِي حكم الغاصب، والغاصبُ إذا تعذر عليه ردُّ العبد بإباقه كُلِّف تسليم قيمته إلىٰ المغصوب منه، وكان للمغصوب منه التمسُّكُ بتلك القيمة إلىٰ أن يرد عليه عبده، فعلىٰ هذا قد تعذر ردُّ العبدين؛ لأنه حكم له بهما، وقد بينا أنه فِي حكم الغاصب، فيكون للبائع وصاحبه إمساك ذلك المال علىٰ الوجه الذي ذكرنا فِي قيمة المغصوب إذا تعذر ردُّه علىٰ الغاصب، وينظر: فإن كان الثمن وَفْقَ القيمتين فقد وَصَلا إلىٰ حقِّهما، وإن كان أقلَّ من القيمتين فقد وَصَلا إلىٰ بعض حقهما، والباقي لهما فِي ذمة المشتري، وإن كان أكثر من القيمتين فلهما قدر القيمتين، فأما الفاضل فهما مقران بأنهما لا يستحقانه، والمشتري لا يدعيه، فيردانه علىٰ الحاكم حتىٰ يحفظه علىٰ صاحبه، فإذا ادعاه رده إليه، والله أعلم.

فرع

قد ذكرنا فيما مضىٰ[1] أن من شرط صحة الشركة أن يكون الربحُ علىٰ قدر المال، فإن شرطا التفاضل فِي الربح مع التساوي فِي المال، أو التساوي فِي الربح مع التفاضل فِي المال؛ كانت الشركة فاسدةً، فإذا تصرفا وارتفع الربح وتفاضلا كان الربح بينهما علىٰ قدر المالين؛ لأنه فائدتهما، فهو كثمرة البستان إذا كان بينهما، ويرجعُ كلُّ واحدٍ منهما علىٰ صاحبه بأجرة مثل عمله بعد إسقاط القدر الذي يقابلُ عملَه فِي ماله.

وقال أبو حنيفة: إذا كانت الشركةُ فاسدةً لم يرجع واحدٌ منهما علىٰ صاحبه بأجرة عمل؛ لأن هذه الأجرة لما لم تثبت فِي الشركة الصحيحة فكذلك فِي الشركة الفاسدة.

---

(١) تقدم البحث في ذلك (ص ٩١).

وهذا غلطٌ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما قد شرط فِي مقابلة عمله جزءًا من الربح، فلم يسلم له لفساد العقد، وقد تعذَّر عليه الرجوعُ إلىٰ المبدل، فكان له الرجوعُ إلىٰ قيمته، كما لو باع منه سلعةً بيعًا فاسدًا وسلَّمها إليه وتلفتْ فِي يد المشتري رَجَع عليه بقيمتها؛ لأن المسمَّىٰ لم يسلَّم له وقد تعذر عليه الرجوعُ إلىٰ السلعة بتلفها، فكان له الرجوعُ بقيمتها، فكذلك فِي مسألتنا.

وتفارق الشركة الصحيحة؛ لأن المسمىٰ قد سُلِّم له فيها، وفِي الشركة الفاسدة لم يسلَّم له المسمىٰ وقد تعذَّر عليه الرجوعُ إلىٰ المبدل، فرجع إلىٰ عوض المثل.

إذا ثبت فِي مسألتنا أن لكلِّ واحدٍ منهما الرجوعَ علىٰ صاحِبه بما يقابلُ مالَه من عملِه فتفصيلُ ذلك، أن يُنظر، فإذا[1] تساويا فِي المال وتساوتِ الأُجرتان مثل أن تكونَ أجرةُ كلِّ واحدٍ منهما مائة؛ سقط من كلِّ واحدٍ منهما نصفُها فِي مقابلة عمله فِي ماله، وثبت النصفُ الآخر، فيحصل لكلِّ واحدٍ منهما علىٰ صاحبه خمسون، فيتقاصان منه.

فأما إذا اختلفت الأُجرتان مثل أن تكون أجرةُ أحدِهما مائة وأجرةُ عملِ الآخر خمسين سقط من كلِّ واحدةٍ منهما نصفُها، فيبقىٰ لصاحب الخمسين خمسة وعشرون، ولصاحب المائة خمسون، فقد حصل لصاحب الخمسين علىٰ صاحبه خمسةٌ وعشرون، ولصاحبه خمسون، فيتقاصان فِي خمسةٍ وعشرين، ويرجع صاحب المائة علىٰ صاحبه بما بقي وهو خمسةٌ وعشرون.

هذا؛ إذا تساوىٰ المالان، فأما إذا اختلفا مثل أن يكون لأحدهما ألفٌ

(١) في (ص، ف): «في» وهو غلط.

وللآخر ألفان، نُظر فِي الأجرتين، فإن تساوتا مثل أن تكون أجرةُ كلِّ واحدٍ منهما ستين درهمًا سقط من أجرة صاحبِ الألف[١] ثلثها، وبقي له أربعون، وسقط من أجرة الآخر ثلثاها، وبقي له عشرون، فقد حَصَلَ لصاحب الألف علىٰ صاحبه أربعون، ولصاحب الألفين عليه عشرون، فيتقاصان فِي العشرين، ويبقىٰ له عليه عشرون درهمًا.

فأما إذا اختلفتِ الأُجرتان؛ مثل أن تكون أجرةُ عمل صاحب الألف ستين، وأجرةُ صاحب الألفين ثلاثين؛ سقط من أجرة صاحبِ الأقل ثلثُها، وبقي له أربعون، وسقط من أجرة صاحب الألفين ثلثاها، وبقي له عشرةٌ، فيتقاصان فِي العشرة، فيبقىٰ لصاحِبِ الألفِ علىٰ صاحبه ثلاثون يرجع بها عليه.

وإن كان أجرةُ صاحب الألف ثلاثين وأجرةُ[٢] صاحب الألفين ستين؛ سقط من أجرة صاحب الألف ثلثها، وبقي له عشرون، فحصل لكلِّ واحدٍ منهما علىٰ صاحبه عشرون، وسقط من أجرة الآخر ثلثاها، وبقي له عشرون، فيتقاصان منها، ولا رجوع لواحدٍ منهما علىٰ صاحبه بشيءٍ، وعلىٰ هذا إن كان الاختلاف بأقلَّ من ذلك وبأكثر، هذا كله فِي شركة العِنان إذا كانت فاسدةً، فأما شركة الأبدان فهي فاسدةٌ.

فإن تميز كسبُ كل واحدٍ منهما انفرد به دون صاحبه، وإن اختلط الكسبان نُظر فِي الإجارة، فإن كانت فاسدةً رجع كلُّ واحدٍ منهما علىٰ المستأجر بأجرة مثل عمله، وانفرد بها، وإن كانت صحيحةً سُلِّم لهما الأجرة

---

(١) ليس في (ص)، والمثبت من (ف).

(٢) في (ص، ف): «فأجرة».

المسماة، وقُسِّطت علىٰ قدر أجرة مثل عملهما، فيأخذ منها كلُّ واحدٍ ما يقابل مثل عمله.

فرع

إذا كان بين رجلين عبدٌ، فباعاه بثمن معلوم؛ كان لكلِّ واحدٍ منهما أن يطالِبَ المشتري بحقِّه دون حقِّ صاحبه، فإذا أخذ قدْرَ حقِّه لا يشاركه فيه صاحبه، هذا إذا لم يكن واحدٌ منهما وكيلًا لصاحبه فِي القبض، وقد حكينا عن أصحابنا فِي المسألة الثانية من الشركة إذا قال الذي باع إن الذي لم يبع قبض الثمن كله بطلت وكالته، وإذا قبض من المشتري حقَّه - وهو نصف الثمن - لا يرجع شريكه عليه لبطلان وكالته، فكذلك إذا لم يوكله فِي القبض، والذي قاله المُزنِي هناك إنه يرجع لا يجيءُ ههنا؛ لأنه لو قال «يرجع شريكُه عليه» لأنه لا يصدق علىٰ شريكه فِي سقوط حقِّه عن مقاسمته التي تثبت له بتوكيله إياه بقبضه، وفِي هذا الموضع لم يثبت له حقّ القبض؛ لأنه لم يوكله قط فِي القبض، علىٰ أنا قد بينا أن الذي ذكره المُزنِي غير صحيح؛ لأنه قد عزل نفسه وأبطل وكالته، فهو كما لو صرَّح بعزل نفسه أو عزله شريكه؛ فلا يجوز له قبضُ حقِّ شريكه، وإذا لم يَجُزْ له قبضُه بطلت المقاسمة، وكان الذي يأخذه حقَّ نفسه لا حقَّ فيه لشريكه.

فرع

قال أبو العباس بن سُريج[1]: إذا استأجر رجلًا ليصطاد له مدةً معلومةً وذكر جنس الصيد ونوعه صح عقدُ الإجارة، وكذلك إذا استأجره ليحتطب له أو يحتش مدةً معلومة صحت الإجارة؛ لأن ذلك مقدورٌ عليه.

---

(١) بحر المذهب (٦/ ٢٨).

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا استأجره ليصطاد له صيدًا عيَّنه؛ لم يَجُزْ ذلك، كما لا يجوز له أن يبيعه؛ لأنه عقدٌ علىٰ غررٍ، ويفارقُ إذا أطلق ذلك؛ فإنه ليس بغررٍ، ألا ترىٰ أنه يجوزُ أن يستسلم فِي الصيد فيبيعه فِي ذمته مطلقًا، وإن استأجره ليبيع له مدةً معلومةً صح، فإن عيَّن المبيع صح أيضًا.

والفرقُ بين أن يعين المبيع فيصح وبين أن يُعين الصيد فلا يصح أن تعيين الصيد غررٌ، وتعيين المبيع ليس بغررٍ، لأن العادة الغالبة أن من دخل السوق يبيع شيئًا قدر علىٰ بيعه، ومن أراد أن يصطاد صيدًا بعينه فليس العادة فيه أنه يقدر علىٰ صيده وتحصيله، هذا هو الفرقُ بينهما.

وكذلك إذا استأجره لحفر نهرٍ أو تنقيته؛ جاز إن كانت المدة معلومة، وكذلك الاستئجار علىٰ الخياطة وبناء الحائط وغير ذلك، هذا إذا عيَّن المدة، وإن عين العمل ولم يقدر المدة، وكان العمل معلومًا مثل خياطة ثوب بعينه أو بناء حائط بعينه، أو حفر ساقية فِي موضعٍ معلومة المقدار وما أشبه ذلك صح؛ لأنه عقدٌ علىٰ عملٍ معلومٍ مقدورٍ عليه، فأما إذا عيَّن العَمَلَ مثل أن يستأجره لخياطة ثوب بعينه وقدر المدة مع ذلك لم يصح لما نبينه - إن شاء الله - فِي «كتاب الإجارات».

فرع

إذا اشترك أربعةٌ فِي زراعة أرضٍ، فكانت الأرضُ لأحدهم، والبَذْرُ[1] لآخر، والفَدَّان[2] لآخر، والعمل من آخر، وزرع الأرض بذلك البَذْر، وأصلحها بذلك الفدَّان، وكان الاشتراكُ منهم مثل أن ما يرتفع من الزرع

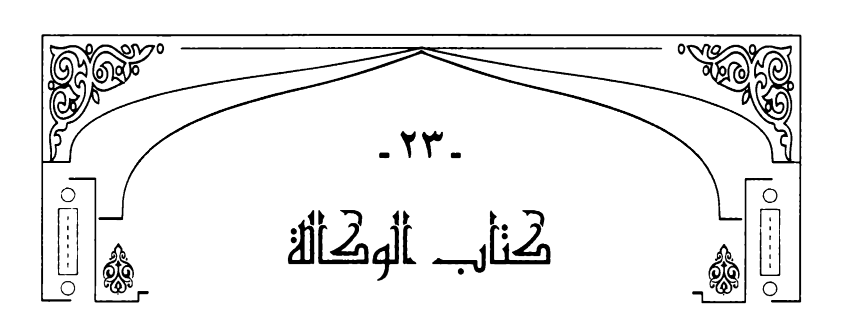
(١) البذرُ للحبوب كالحنطة والشعير، والبزر: بفتح الباء وكسرها وبالزاي، للرياحين والبقول.. ينظر: مقدمة نهاية المطلب (ص ٣٥٨) للدكتور عبد العظيم الديب.

(٢) الفدان: آلة الحرث، ويطلق علىٰ الثورين يحرثُ عليهما في قران.

يكون بينهم، فإن هذه معاملة فاسدةٌ؛ فلا هي إجارةٌ، لأن مدتها مجهولةٌ، والأجرة مجهولةٌ، ولا هي شركةٌ، إنما هي علىٰ الأموال التي تُخلط ولا تتميز بعد الاختلاط، ولا هي مضاربةٌ، لأن المضاربةَ إنما تصحُّ علىٰ رأس مالٍ يمكنُ الرجوعُ إليه عند المفاصلة، فإذا بطل أن تكون شركةً أو إجارةً أو قراضًا ثبت أنها معاملةٌ فاسدةٌ؛ فيكون الزرع لصاحب البَذْر؛ لأنه عينُ ماله، غير أنه نمىٰ وزاد، ويرجع صاحب الأرض عليه بمثل أجرة أرضه، وكذلك صاحب الفدَّان يرجع عليه بمثل أجرة فدَّانه، والعامل بمثل أجرة عمله؛ لأنهم عملوا له، والله أعلم بالصواب.

ويليه كتاب الوكالة





الأصلُ في جواز الوكالة: الكتابُ، والسنةُ، وإجماعُ[1] الأمة، وحُكْمُ العبرة:

فأما الكتابُ:

فقولُه تعالىٰ: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، فوجهُ التعلق بهذه الآية فِي جواز الوكالة أنه يثبتُ لليتيم وليًّا (نيابة عنه)[2] فِي ماله قائمًا مقامه فيه، وهذا اليتيم لا يصحُّ منه التصرفُ ولا الاستنابةُ، فإذا جاز أن ينوبَ عنه غيرُه فِي ماله باستنابة أبيه فيه، فأولىٰ أن تجوزَ استنابةُ الرجل العاقل الذي يصحُّ تصرفه فِي ماله، ويصحُّ استنابته فيه، فيجعل إليه بالتوكيل النظر فيه الذي هو حقٌّ له فِي مالٍ من أمواله.

---

(١) في (ص): «والإجماع».

(٢) في (ص)، (ف): «نياعة» ! وهو تحريف.

ويدلُّ عليه أيضًا قولُه تعالىٰ: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ووجه التعلق فِي هذه الآية كما ذكرناه فِي الآية قبلها.

ويدلُّ عليه أيضًا قولُه تعالىٰ: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾ الآية [الكهف:١٩]، وهذه استنابةٌ علىٰ وجه التوكيل.

وقولُه تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا﴾ [التوبة: ٦٠]، والعاملون وكلاء لأهل الصدقات، لأنهم أهل رشدٍ لا يولىٰ عليهم.

وقولُه تعالىٰ: ﴿ٱذۡهَبُواْ بِقَمِيصِي هَٰذَا فَأَلۡقُوهُ عَلَىٰ وَجۡهِ أَبِي﴾ [يوسف: ٩٣]، وهذه استنابة فِي حمل القميص علىٰ وجه التوكيل.

وأما السنةُ:

فما رُوِي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: أردتُ الخروج إلىٰ خيبر، فأتيتُ رسول الله ﷺ وسلمتُ عليه وقلتُ: إني أريد الخروج إلىٰ خيبر، فقال: «**ائْتِ وكيلي؛ فخذْ منه خمسَةَ عَشَرَ وَسْقًا، فإن ابتغى منك آية، فضعْ يَدَكَ على ترقوته**»[١].

وروي أن النبي ﷺ وَكَّل عمْرو بن أُمية الضمْري فِي قبول نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان، وكانت بالحبشة[٢]، ووكَّل أبا رافع فِي قبول نكاح ميمونة بنت الحارث[٣] ووكَّل عروة بن الجعد البارقي فِي شراء شاة[٤]، ووكَّل حكيم بن حزام فِي شراء شاة[٥].

(١) أخرجه أبو داود (٣٦٣٢) والدارقطني (٤٣٠٤).
(٢) أخرجه البيهقي (١٤١٦٩) بنحوه.
(٣) أخرجه الترمذي (٨٤١).
(٤) أخرجه مالك (١٢٦٧)، وأحمد (٢٧١٩٧) والترمذي (٨٤١) بنحوه.
(٥) أخرجه أبو داود (٣٣٨٦) من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه.

وأما الإجماعُ:

فروي أن عليًّا وَكَّل أخاه عَقِيلًا فِي مجلس أبي بكر أو عمر - الشك من الشافعي[١] - وقال: هذا عَقيل؛ فما قُضي عليه فعليَّ، وما قُضي له فلي[٢]، وروي: أنه وَكَّل عبد الله بن جعفر - ابن أخيه - فِي مجلس عثمان[٣]، ولم ينكر أحدٌ من الصحابة ذلك، فدل علىٰ أنه إجماعٌ منهم، ولا خلاف فِي جواز الوكالة بين الأمة، وإنما اختلفوا فِي مسائل منها نذكرها بعدُ إن شاء الله.

وأما حُكْمُ العبرة:

فبالناس حاجةٌ إلىٰ ذلك؛ لأن كلَّ أحدٍ لا يمكنه القيام بأمواله، ولا يتمكن من التصرف فيها ومراعاتها، وخاصةً إذا كثرت أمواله وانتشرت أملاكه، فدعت الحاجة إلىٰ تجويز ذلك، كما دعت إلىٰ تجويز إجارة الأملاك والقراض والمساقاة، مع أن الإجارة إنما هي عقدٌ علىٰ منافع لم تُخلق، والقراضُ عقدٌ علىٰ أن يكونَ للعامل بعضُ ما يرتفع من الربح، والمساقاةُ عقدٌ علىٰ أن يكونَ له بعضُ الثمرة، فجُوِّزت هذه العقود كلُّها - مع ما فيها من الغرر - لأجل الحاجة إليها، فكذلك هاهنا.

إذا ثبت هذا، فالكلامُ بعده فيما يجوزُ التوكيل فيه، وما لا يجوزُ، ونأتي به علىٰ ترتيب الكتب المسطورة فِي «مختصر المزني»:

فأما الطهارةُ، فلا يصحُّ التوكيل فيها، وإنما يصحُّ أن يستعينَ بغيره فِي صبِّ الماء عليه وغسل أعضائه، وينوي هو بنفسه رفع الحدث، وذلك ليس بتوكيلٍ، وإنما هو استعانةٌ علىٰ فعل عبادةٍ.

---

(١) الأم (٣/ ٢٣٧).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٦٣٨).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٦٣٨) والبيهقي (١١٨٣٧، ١١٤٣٨) .

وأما **الصلاةُ**، فلا يجوزُ التوكيل فيها، ولا يدخُلُها النيابة إلا فِي ركعتي الطواف تبعًا للحج.

وأما **الزكاةُ**، فيصحُّ التوكيلُ فِي إخراجها عنه وفِي تسليمها إلىٰ أهل السهمان، ويصحُّ من أهل السهمان التوكيل فِي قبضها.

وأما **الصيامُ**، فلا يصحُّ التوكيل فيه، ولا تدخله النيابة ما دام حيًّا، فإذا مات وعليه صومٌ فعلىٰ أحد القولين: يطعم عنه وليه، وعلىٰ القول الآخر: يصوم عنه.

وأما **الاعتكافُ**، فلا يصحُّ التوكيل فيه بحالٍ؛ لأنه لا تدخُلُه النيابة بوجهٍ.

وأما **الحجُّ**، فلا تدخله النيابةُ مع القدرة عليه بنفسه، فإذا عجز عنه بزمانةٍ أو بموتٍ دخلته النيابة.

وأما **البيعُ**، فيصحُّ التوكيلُ فيه مطلقًا فِي إيجابه وقبوله وتسليمه.

وكذلك يصحُّ التوكيلُ فِي عقد الرهن وفِي قبضه.

وأما **التفليسُ**، فلا يتصورُ التوكيل فيه.

وأما **الحجرُ**، فللحاكم أن يحكمَ بنفسه، وله أن يستنيبَ غيره فِي ذلك.

وأما **الصلحُ**، فهو فِي معنىٰ البيع فصح التوكيلُ فيه.

وأما **الحوالةُ**، فيصحُّ التوكيلُ أيضًا فيها.

وكذلك يصحُّ فِي عقد الضمان.

وأما **الشركةُ**، فيصحُّ التوكيلُ أيضًا فيها.

وكذلك يصحُّ فِي الوكالة، فيوكل رجلًا فِي توكيل آخر عنه.

وكذلك يصحُّ أن يوكلَ فِي قبول الوكالة عنه.

وأما **الإقرارُ**، فهل يصحُّ التوكيل فيه أم لا؟ نبينه فِي «كتاب الإقرار» إن

شاء الله.

وأما العاريةُ، فيصحُّ التوكيلُ فيها لأنها هبة منافع.

وأما الغصبُ، فلا يصحُّ التوكيل فيه، فإذا وَكَّل رجلًا فِي الغصب فغصب له كان الحُكْمُ متوجهًا علىٰ الذي باشر الغصْبَ، كما لو غصبه بغير أمر أحدٍ.

وأما الشفعةُ، فيصحُّ التوكيلُ فِي المطالبة بها.

وكذلك يصحُّ فِي القراض والمساقاة والإجارات وإحياء الموات علىٰ أحد القولين.

وكذلك يصحُّ فِي العطايا والهبات والوقف.

وأما الالتقاطُ، فلا يصحُّ التوكيلُ فيه، فإذا وَكَّل غيره فِي التقاط لقطةٍ تعلق الحُكْمُ بالملتقط لا بالآمر، وكان ملتقطها أحقَّ بها.

وأما الميراثُ، فلا يصحُّ التوكيلُ فيه إلا فِي قبضه واستيفائه.

وأما الوصايا، فيصحُّ التوكيلُ فيها فِي عقدها وقبولها.

وأما الوديعةُ، فيصحُّ فيها التوكيلُ أيضًا.

وأما قسمةُ الفيء، فللإمام أن يتولَّىٰ قسمته بنفسه، وله أن يستنيبَ غيره فيه.

وأما الصدقاتُ، فهي كالزكوات، وقد بينا حكمها.

وأما النكاحُ، فيصحُّ التوكيلُ فيه من الولي والخاطب.

وكذلك التوكيلُ فِي الصداق يصحُّ أيضًا، **وكذلك** فِي الخلع؛ لأنه عقدٌ بعوضٍ.

ولا يصحُّ التوكيلُ فِي القسْم؛ لأن القسْمَ يدخله الوطء، ولا يصحُّ النيابة فِي الوطء.

وأما **الطلاقُ**، فيصحُّ التوكيلُ فيه، فيطلق عنه الوكيل مقدار ما أذن له فيه.

وأما **الرجعةُ**، فعلىٰ خلافٍ بين أصحابنا هل يصحُّ التوكيل فيها أم لا؟

وأما **الإيلاءُ والظهارُ واللعانُ**، فلا يصحُّ التوكيلُ فيها لأنها أيمانٌ.

وأما **العدةُ**، فلا تدخُلُها النيابة، فلا يصحُّ أن توكل المرأة فيها غيرها.

وأما **الرضاعُ**، فلا يصحُّ التوكيلُ فيه؛ لأن التحريم يختص بالمرتضع والمرضع.

وأما **النفقاتُ**، فيصحُّ التوكيلُ فِي صرفها إلىٰ من تجب له.

وأما **الجناياتُ**، فلا يصحُّ التوكيلُ فيها، وكلُّ مَن باشر الجناية تعلق الحكم به دون غيره.

وأما **القصاصُ**، فيصحُّ التوكيلُ فِي إثباته، ويصحُّ فِي استيفائه بحضرة الولي، وهل يصحُّ فِي غيبته أم لا؟ علىٰ ما نبينه.

وأما **الدياتُ**، فيصحُّ التوكيلُ فِي تسليمها وتسلمها.

وأما **القسامةُ**، فلا يصحُّ التوكيلُ فيها لأنها أيمانٌ.

وأما **الكفاراتُ**، فيصحُّ التوكيلُ فيها كما يصحُّ فِي الزكوات.

وأما **قتالُ أهل البغي**، فللإمام أن يستنيبَ فيه.

وأما **الحدودُ**، فللإمام أن يستنيبَ فِي إقامتها، ولا يصحُّ التوكيلُ فِي تَثْبِيتها؛ لأنه لا تسمع الدعوىٰ فيها.

وأما **حدُّ القذف**، فهو حق للآدميين، فحكمُه حُكْمُ القصاص فِي التوكيل.

وأما **الأشربةُ**، فلا يصحُّ التوكيلُ فيها، وكلُّ مَن شرب الخمر فعليه الحد دون غيره.

وأما الجهادُ، فلا تصح النيابة فيه بحالٍ، وكلُّ مَن حضر الصف بوجهٍ فرض القتال عليه وكيلًا كان أو موكلًا.

وأما الجزيةُ، فيصحُّ التوكيلُ فيها، وهو أن يوكلَ فِي عقد الذمة بها وفِي تسليمها وتسلمها[١].

وأما الاصطيادُ، فهل يصحُّ التوكيلُ فيه أم لا؟ علىٰ قولين.

وكذلك التوكيلُ فِي الاحتطاب والاحتشاش بناءً علىٰ القولين فِي مسألة السَّقَّاء إذا اشترك ثلاثةٌ لأحدهم راويةٌ ولآخر جملٌ ولآخر عملٌ؛ أن الكسب يكون بينهم، كذلك هاهنا.

وأما الذبحُ، فيصحُّ التوكيلُ فيه، وكذلك يصحُّ فِي السبق والرمي لأنه إجارةٌ علىٰ أحد القولين وجعالةٌ علىٰ القول الآخر، وكلاهما يصحُّ التوكيلُ فيه.

وأما الأيمانُ، فلا يصحُّ التوكيلُ فيها، وكذلك النذور.

وأما القضاءُ، فتصحُّ الاستنابة فيه.

وأما الشهاداتُ، فتصحُّ الاستنابة فيها؛ فيكون شهادةً علىٰ شهادةٍ، وذلك ليس بتوكيلٍ.

وأما الدعوى، فيصحُّ التوكيلُ فيها؛ لأن كلَّ أحدٍ لا يكمل للمخاصمة والمطالبة.

وأما العتقُ والتدبيرُ والكتابةُ، فيصحُّ التوكيلُ فيها.

وأما الإحبالُ، فلا يصحُّ التوكيلُ فيه لأنه يختص بفعله[٢].

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) ينظر بحر المذهب (٦/ ٣٠ - ٣٢).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المُزَنِي رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَا ضَـمَانَ عَلَى الـوُكَلَاءِ، وَلَا عَلَى الْأَوْصِـيَاءِ، وَلَا عَلَى المُودِعِيْنَ، وَلَا عَلَى القَارِضِيْنَ، إِلَّا أَنْ يَتَعَدُّوا فَيَضْمَنُوا)[١].

وهذا كما قال.. جملة من يحصل فِي يده مال الغير، فيتلف فيها علىٰ ثلاثة أضربٍ؛ ضربٌ لا ضمان عليهم بلا خلافٍ، وضربٌ عليهم الضمان، وضربٌ اختلف فِي ضمانِهِم قولُ الشافعي[٢].

فأما الذي لا ضمان عليهم فهم الوكيلُ والمرتهنُ والمودعُ والشريكُ والمضاربُ والوصيُّ والحاكمُ وأمينُ الحاكم والمستأجرُ، فهؤلاء إذا تلف مالُ الغير فِي أيديهم من غير تعدٍّ منهم[٣] وتفريطٍ، فلا ضمان عليهم.

وأما الذي عليهم الضمانُ، فهم الغاصبُ والسارقُ والمستعيرُ والمستامُ والمبتاعُ بيعًا فاسدًا إذا قبض المبيع؛ فهؤلاء إذا تلف المالُ فِي أيديهم كان عليهم الضمان، سواء تعدوا فيه أو لم يتعدوا.

وأما الذي اختلف قولُ الشافعي فيهم فهم الصُّناع الذين يتقبلون الأعمال مثل القصَّار والصبَّاغ والحائك والصائغ، فإذا تلف المالُ الذي تسلموه للعمل فِي أيديهم ففيه قولان؛ **أحدهما**: يلزمُهُم الضمانُ، تعدوا أو لم يتعدوا، **والثاني**: لا ضمان عليهم، إلا أن يتعدوا، وبيان ذلك فِي موضعه - إن شاء الله - والله أعلم[٤].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٩).

(٢) وجملة ذلك أن الأيدي في أموال الغير ثلاثة أقسام: يد ضامنة ويد أمينة ويد اختلف قول الشافعي فيها هل هي ضامنة أو أمينة.

(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٤) الحاوي الكبير (٦/ ٥٠١) وبحر المذهب (٦/ ٣٣).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالتَّوْكِيْلُ مِنْ كُلِّ مُوَكِّلٍ مِنْ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ تَخْرُجُ أَوْ لَا تَخْـرُجُ، لِعُذْرٍ أَوْ غَيْرِ عُذْرٍ، حَضَرَ[1] أَوْ لَمْ يَحْضُرْ؛ جَائِزٌ)[2].

وهذا كما قال.. كلُّ مَن صح تصرفه فِي شيءٍ يصحُّ فيه النيابة صح منه التوكيل، سواء كان الموكِّل رجلًا أو امرأةً، عدلًا أو فاسقًا، حرًّا أو مكاتبًا، مسلمًا أو كافرًا، حاضرًا أو غائبًا؛ لأن المكاتب لم يملك التصرف بإذنٍ من جهة سيده فيكون تصرفه موقوفًا علىٰ إذنه، وإنما يملكُ التصرف فِي كسبه بالكتابة، فمتىٰ أراد التصرفَ فِي شيءٍ تدخله النيابة كان له أن يباشرَه بنفسه، وأن يوكلَ فيه من غير أن يرجعَ إلىٰ السيد فِي شيءٍ من ذلك.

وأما العبدُ الذي ليس بمكاتبٍ يُنْظَرُ، فإن كان مأذونًا له فِي التجارة لم يكن له أن يوكلَ إلا أن يأذنَ سيده؛ لأنه كالوكيل لسيده فِي التجارة، ولا يجوزُ للوكيل أن يوكلَ فيما جعل إليه إلا بإذن الموكل.

وإن كان غيرَ مأذونٍ له فِي التجارة فلا يجوزُ أيضًا أن يوكلَ وكيلًا؛ لأنه لا يملكُ التصرفَ حتىٰ يأذن له سيده.

فأما ما يملكه العبد بغير إذن السيد فله التوكيل فيه إذا دخلته النيابة، مثل: الطلاق والخلع؛ لأنه يملكُ التصرفَ فِي ذلك بنفسه من غير أن تقفَ صحتُه علىٰ إذن غيره.

وأما المحجورُ عليه لسفهٍ فله التوكيلُ فِي الطلاق والخلع وطلب القصاص إذا ثبت له؛ لأن له أن يطلقَ ويخالعَ ويطالبَ بالقصاص من غير أن

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٩).

يقفَ ذلك علىٰ إذن وليه، وذلك مما تدخله النيابة؛ فصح توكيله فيه، فأما ما سوىٰ ذلك من بيعٍ أو شراءٍ أو غيره، فلا يصحُّ توكيلُه فيه، لأنه لا يملكُه بنفسه.

وأما المحجور عليه لفلسٍ فله التوكيلُ فِي الطلاق والخلع وطلب القصاص لما ذكرناه، وله التوكيلُ فِي التصرف فِي الذمة؛ لأنه يملك ذلك، ولم يُحجر عليه فيه.

وأما التصرفُ فِي أعيان أمواله فلا يصحُّ توكيلُه فيه لأنه حجر عليه فيها، فلا يملك التصرف ولا التوكيل فِي شيءٍ منها.

وجملته أن كل ما لا يملكه بنفسه أو يملكه لكن لا تدخله النيابة فلا يصحُّ فيه التوكيل، وأما ما يملكُ التصرف فيه ودخلته النيابة فيصحُّ منه التوكيلُ فيه، هذا كله فيمن يصحُّ أن يوكلَ.

فأما الكلامُ فِي صحة ما يجوز أن يتوكلَ فيه لغيره، فجملته أن كلَّ ما صحَّ أن يتصرفَ فيه[1] لنفسه، صح أن يتوكلَ فيه لغيره إذا كان مما تدخله النيابة.

فأما المرأةُ فإنها تتوكلُ لزوجها فِي طلاق نفسها، وهل يصحُّ أن تتوكل فِي طلاق ضرتها وغيرها من النساء؟ وجهان.

وأما العبدُ فيصحُّ أن يقبلَ النكاح لنفسه بإذن سيده، وهل يصحُّ أن يتوكلَ لغيره فِي قبول النكاح له أم لا؟ يُنظر، فإن كان بغير إذن سيده لم يصحَّ، وإن كان بإذن سيده فعلىٰ وجهين.

وأما الفاسقُ فيصحُّ أن يقبلَ النكاح لنفسه، وهل يصحُّ أن يتوكلَ لغيره فِي قبول النكاح أم لا؟ علىٰ وجهين.

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

فهذه المسائلُ الثلاثُ علىٰ هذا الخلاف بين أصحابنا، وما عداها مما يتصرفُ فيه لنفسه وتدخله النيابةُ فإن توكيله يصحُّ فيها، فأما ما لا يملك التصرف فيه فلا يصحُّ أن يتوكلَ فيه، مثل المرأة؛ لا يصحُّ منها أن تتوكل فِي النكاح؛ لأنه لا يصحُّ نكاحٌ تتولاه بنفسها، وكذلك الكافرُ فِي تزويج المسلمة لا يصحُّ أن يتوكلَ فيه؛ لأنه لا يملك تزويجها، وكذلك ما يملك التصرف فيه ولكن لا تدخله النيابةُ فلا يصحُّ أن يتوكلَ فيه لغيره.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (لَيْسَ الخَصْمُ مِنَ الوَكَالَةِ بِسَبِيْلٍ، (وَقَدْ يُقْصَرُ الحُكْمُ عَلَى غَيْرِ المُوَكِّلِ)[١]، فَيَكُوْنُ حَقًّا يَثْبُتُ لَهُ بِالتَّوْكِيْلِ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا ادَّعىٰ علىٰ رجل، واستحضره الحاكم، فخاصمه المدعي كان له أن يحضرَ؛ فكان له أن يقْعدَ ويوكلَ غيرَه فِي الخصومة، رضي خصمُه بذلك أو لم يرض، ولزمه أن يخاصمَ وكيلَه إن أراد المخاصمة.

وكذلك إن حضر كان له أن يجيبَ بنفسه أو يوكل غيره فِي الجواب عنه، ولا يُجبر علىٰ الجواب بنفسه.

وكذلك للمدعي التوكيلُ فِي الخصومة علىٰ ما ذكرنا، هذا مذْهبُنا، وبه قال ابن أبي ليلىٰ وأبو يوسف، ومحمدٌ وقال[٣] أبو حنيفة: وكالة الحاضر تصح غير[٤] أنها لا تلزم خصمه، إلا أن يرضىٰ بها، ومتىٰ أبىٰ ذلك كان علىٰ

---

(١) في مختصر المزني: وقد يقضي للخصم علىٰ الموكل.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٩).

(٣) في (ص، ف): «وبه قال» وهو غلط.

(٤) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

خصمه أن يخاصمَه بنفسه، فأجبر علىٰ ذلك إن امتنع.

واحتج من نصره بقوله تعالىٰ: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ﴾ [النور:٤٨]، فذمَّهم علىٰ الإعراض عن الدعاء، فإذا وَكَّل ولم يحضر بنفسه كان معرضًا.

قالوا: وروي أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كتب إلىٰ أبي موسىٰ: آسِ بينَ الناس فِي لحظك ولفظك ومجلسك[1].

وليس من التسوية بين الخصمين أن يحضرَ أحدُهما ويقعدُ الآخر فِي داره، ولأن حضورَ الخصم مجلسَ الحُكم لمخاصمة صاحبه حق عليه، وكُلُّ حق وجب عليه لا يجوزُ له أن يسقطَه عن نفسه بغير رضا من له الحق، الدليل عليه: إذا كان له علىٰ رجلٍ حقٌّ فإنه ليس لمن عليه الحقُّ أن يحيلَه علىٰ غيره، ويسقط الحقُّ عن نفسه إلا برضاه، فكذلك هاهنا.

ولأن المخاصمة معنًىٰ يفتقر إلىٰ الحاكم فلم تصحَّ الاستنابةُ فيه من غير عذرٍ، الدليل عليه الشهادة؛ فإن الشهادة علىٰ الشهادة لا تُسمع ولا تلزم لعذرٍ، ولأن خصمه إذا جعل له أن يوكلَ فِي المخاصمة فربما وَكَّل خصمًا ألدَّ صَعْبَ القِيَادِ شديدَ اللَّجاج؛ فيكونُ فِي ذلك ضررٌ علىٰ صاحبه، لا سيما إذا كان صاحبُه ألكَنَ لا يلحنُ بحجته؛ فينبغي أن لا يكون له ذلك.

ودليلُنا: أن كلَّ مَن لزمه توكيلُ خصمه إذا كان غائبًا لزمه إذا كان حاضرًا، الدليلُ عليه إذا كان مريضًا، ولأن كلَّ مَن لزمه توكيلُ خصْمِه إذا كان برضاه لزمه إذا كان بغير رضاه، الدليل عليه إذا كان غائبًا أو مريضًا أو كانت امرأةً

---

(١) هذه جملة من كتاب عمر بن الخطاب لأبي موسىٰ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أخرجه الدارقطني (٤٤٧١)، والخطيب في الفقيه والمتفقه (١/ ٤٩٢) والبيهقي (٣٢٥٩) وفي معرفة السنن والآثار (١٩٧٩٢).

مُخَدَّرةً.

ولأن أبا حنيفة سلَّم لنا أن التوكيل يصحُّ، وإنما خالفنا فِي اللزوم، فنقول: كلُّ مَن لا يُعتبر رضاه فِي صحة التوكيل لا يُعتبر رضاه فِي لزومه، كالأجنبي، ولأنه إذا كان له حقٌّ علىٰ رجلٍ فله أن يستوفيَه بنفسه، وله أن يوكلَ غيره فِي استيفائه، رضي من عليه الحقُّ أو لم يرضَ؛ فكذلك هاهنا.

فأما الجوابُ عن الآية، فهو أنه إذا وَكَّل فِي الحضور فما أعرض عن الدعاء؛ لأنه بالخيار بين أن يجيبَ بنفسه فيحضر، وبين أن يحضرَ من يقوم مقامه، والوكيلُ قائمٌ مقامه.

وأما الجوابُ عن حديث عمر، فهو أنَّا نسوِّي بينه وبين خصمه فِي مجلس الحكم فنجعل له أن يقعدَ فِي بيته ويوكل خصمًا فِي خصومته، كما جعلنا ذلك لصاحبه، فإذا لم يوكل أحدهما مع إمكان التوكيل فالتفريطُ من جهته، وفِي الجملة: قد حصلت التسوية بينهما.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الحوالة، فهو أنَّا لا نسلِّم أن حضوره بنفسه حقٌّ واجبٌ عليه؛ لأنه بالخيار عندنا بين أن يحضرَ بنفسه وبين أن يحضرَ وكيله، علىٰ أن ما ذكروه يبطل بالغائب والمريض والمُخَدَّرة؛ فإن لهم إسقاط ذلك الحقِّ بغير رضًا من خصومهم، ثم المعنىٰ فِي الأصل أن الحوالة أبرأ لنفسه عن الحق الذي عليه، وذلك لا يصحُّ إلا بإذن من له الحقُّ، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ فإنه لا يسقطُ عن نفسه حقًّا لازمًا، وإنما يستنيب غيره فِي ذلك.

وتلك الاستنابةُ لا تكون إسقاطًا للحقِّ عنه، ألا ترىٰ أن الحوالة لا تصحُّ إلا برضا من له الحق، سواء كان المحيل غائبًا أو مريضًا أو امرأةً مُخَدَّرةً،

وأجمعنا علىٰ أن التوكيل يلزم الخصم فِي هذه الحال، فبان الفرقُ بينهما.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الشهادة فمن وجهين:

أحدهما: أن حكم هذه العلة ليست[1] العبارة فيه صحيحة؛ لأنهم إن قالوا «فوجب أن لا تجوز الاستنابة فيه بغير عذرٍ»؛ لم يصحَّ فِي الفرع؛ لأنَّا أجمعنا علىٰ جواز الاستنابة وصحتها، وإنما اختلفوا فِي اللزوم، وإن قالوا «فوجب أن لا يلزم الاستنابة بغير عذرٍ» لم يصحَّ ذلك فِي الأصل؛ لأن الاستنابة فيه غير جائزة، واللزوم فرعٌ للجواز، فلا يصحُّ تعليق الحكم باللزوم، مع عدم الجواز، ثم المعنىٰ فِي الأصل أن الشهادة يتعلق بها حقُّ الله تعالىٰ، ألا ترىٰ أنهما إذا تراضيا علىٰ سماع الشهادة من الفاسق لم يصحَّ ذلك.

وكذلك إذا تراضيا علىٰ سماع الشهادة علىٰ الشهادة من غير عذرٍ لم يصحَّ، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ فإن الحقَّ فيها للآدمي، فكان له أن يتولاه بنفسه، وأن يستنيبَ فيه غيره، ألا ترىٰ أنه إذا رضي خصمه بذلك لزمه التوكيل.

وأما الجوابُ عن استدلالهم الآخر، فمن وجهين:

أحدهما: أن هذا التعليل يؤدي إلىٰ بطلان الوكالة جملةً، وقد أجمعنا علىٰ صحتها، وإجماعنا علىٰ ذلك دليلٌ علىٰ بطلان هذا التعليل.

والثاني: أن نقولَ لهم: وقد يكونُ أحدُ الخصمين ألكَنَ لا يحسن القيام بحجته، وقد يكون صاحبُه ألسَنَ وألحَنَ بحجته، فإذا ألزمنا الألكَنَ مخاصمة صاحبه، ولم نجعل له أن يستنيبَ من يساوي صاحبه فِي المخاصمة كان فيه ضررٌ عليه، فإذا كان كذلك وجب أن يصحَّ توكيله، ويلزم صاحبه، سواء رضي بذلك أو أبىٰ.

---

(١) في (ص، ف): «ليس».

• فَصْلٌ •

إذا وَكَّل رجلٌ رجلًا بحضرة الحاكم فِي خصوماته واستيفاء حقوقه، صحت الوكالة وانعقدت، فإذا قدم الوكيل بعد ذلك واحدًا من خصومه أو ممن له عليه الحقُّ، وكان ذلك فِي غيبة الموكل فادَّعىٰ الوكيلُ الوكالةَ وطالب الخصمَ بحقِّ موكِّله كان للحاكم أن يحكمَ له بالوكالة، ويمكنه من المخاصمة والمطالبة.

هذا إذا قلنا إن للحاكم أن يحكمَ بعلمه[1] لم يمكن الوكيل من ذلك، ولم يحكم له بالوكالة حتىٰ يقيم البينة علىٰ وكالته.

وكذلك إذا وَكَّله فِي غير مجلس الحاكم ولم يشاهِدِ الحاكمُ توكيلَه إياه، فإذا حضر لمخاصمة خصم الموكل ومطالبة غريمه لم يحكم له الحاكم بالوكالة، ولم يمكنه من المخاصمة والمطالبة إلا بعد أن يقيمَ البينة علىٰ وكالته؛ لأنه مخاصمٌ عن غيره ومطالبٌ بحق غيره، فلم يكن له ذلك حتىٰ يثبت السبب الذي به يستحق النيابة عن مُوَكِّله فِي ذلك، فإذا أقام البينة علىٰ وكالته حينئذٍ كان له أن يخاصمَ ويطالبَ، وليس من شرط سماع البينة أن يقدمَ خصمًا من خصوم الموكل، ولا غريمًا من غرمائه.

وقال أبو حنيفة: من شرط سماع البينة علىٰ الوكالة للوكيل أن يحضرَ خصمًا من خصومه أو غريمًا من غرمائه، فيدعي الوكالة، ويدعي حق الموكل علىٰ خصمه أو غريمه.

ويتوجه الجوابُ علىٰ المدعىٰ عليه، فحينئذٍ يسمع الحاكمُ بينة الوكيل، فجوز سماع الدعوىٰ قبل ثبوت الوكالة، وألزم الخصْمَ الجوابَ، وجعل

---

(١) كذا في (ص)، (ف)، وتمام العبارة: وأما إذا قلنا إن الحاكم لا يحكم بعلمه.

تقديم الدعوىٰ شرطًا فِي سماع البينة، وبناه علىٰ أصله؛ لأن عنده لا تلزم وكالة الحاضر إلا برضا الخصم، ولا يجوزُ القضاءُ علىٰ الغائب، وهذا عندنا يجوز؛ لأنَّا لا نعتبر رضا الخصم، ويجوزُ القضاء علىٰ الغائب، وقد مضىٰ الكلامُ معه فِي رضا الخصم بالتوكيل، فأما الكلامُ فِي القضاء علىٰ الغائب، فيأتي فِي موضعه إن شاء الله، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال المُزَنِي رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ وَكَّله بِخُصُومَةٍ[١] فَإِنْ شَاءَ قَبِلَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِنْ قَبِلَ فَإِنْ شَاءَ فَسَخَ، وَإِنْ شَاءَ ثَبتَ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا[٣] أوجب رجلٌ لرجلٍ عقد الوكالة كان بالخيار بين أن يقبلَ ذلك وبين أن يردَّه فلا يقبله، لأنه إيجابُ عقدٍ، فكان الموجبُ له بالخيار فِي القبول، كما نقول فِي البيع وغيره من العقود، فإن أراد أن يقبلَ كان له قبوله فِي الحال، وله أن يؤخِّرَه فيقبله أي وقتٍ أراد؛ لأن التوكيل إذنٌ فِي التصرف، والإذن قائمٌ ما لم يرجع الآذن.

وإذا كان الإذن لم يكن فرقٌ بين أن يقبلَ فِي الحال أو يؤخر القبول إلىٰ وقتٍ آخر، ولهذا أجمع المسلمون علىٰ أن الغائب إذا وَكَّل رجلًا ثم بلغ الوكيل ذلك بعد مدةٍ فقبل الوكالة انعقدت.

إذا ثبت هذا، فله أن يقبلَ لفظًا، وله أن يقبلَ فعلًا، مثل أن يأخذَ فِي التصرف الذي وَكَّله فيه، كما نقول فيه إذا أودعه مالًا وأحضره بين يديه؛ فلا

---

(١) في (ص، ف): «بحضرته» وهو تحريف، وجاء في الحاوي الكبير (٦/ ٥١١) وبحر المذهب (٦/ ٣٥) علىٰ الصواب.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٩).

(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

فرق بين أن يقبلَ الوديعة لفظًا وبين أن يقبلَها فعلًا، وهو أن يأخذَها ويحرزَها، فإذا حصل القبول وانعقدت الوكالة كان لكُلِّ واحِدٍ منهما أن يثبتَ عليها، وله أن يفسَخَها؛ لأن الوكالة عقدٌ جائزٌ، إذا كان عقدًا علىٰ تصرفٍ مستقبلٍ ليس من شرطه تقدير عملٍ ولا زمانٍ، فهو كعقد الجِعالة.

إذا ثبت هذا، فالعقدُ على ثلاثة أضربٍ؛ ضربٌ جائزٌ فِي الطرفين، وضربٌ لازمٌ فِي الطرفين، وضربٌ لازمٌ من طرفٍ جائزٌ من طرفٍ، ويختلف فِي ضربٍ آخر.

فأما الجائزُ من الطرفين، فمثل الجِعالة والشركة والمضاربة والوديعة والعارية، والوكالة من جملتها.

وأما اللازمُ من الطرفين، فمثل البيع، والإجارة، والنكاح علىٰ الصحيح من المذهبِ؛ لأن الزوج وإن كان يملكُ رفع العقد بالطلاق فليس له ذلك بفسخ العقد المتقدم، وهو بمنزلة أن يعتقَ العبد المبيع؛ فإنه يزول الملك، ويرفع العقد، ولا يجعل البيع فِي معنىٰ العقد الجائز، فكذلك هاهنا، ومِن أصحابِنا مَن قال: إن النكاح عقدٌ جائزٌ من جهة الزوج، والصحيح هو الأول.

وأما الضربُ الذي هو لازمٌ من وجهٍ جائزٌ من وجهٍ، فهو الرهن بعد القبض؛ فإنه لازمٌ من جهة الراهن، جائزٌ من جهة المرتهن، وكذلك الكتابة جائزةٌ من جهة العبد لازمة من جهة السيد.

وأما الضربُ المختلفُ فيه، فهو عقد السبق والرمي، وللشافعي فيه قولان؛ أحدهما: أنه جعالةٌ، والآخر: أنه إجارةٌ.

فإذا قلنا هو جعالةٌ، فهو عقدٌ جائزٌ من الطرفين، وإذا قلنا هو إجارةٌ، فهو لازمٌ من الطرفين.

إذا ثبت أن الوكالة عقدٌ جائزٌ من الطرفين، فإن لكُلِّ واحِدٍ منهما الفسخ، فأما الوكيلُ فله أن يفسخَ الوكالة، ويعزل نفسه، سواء حضر الموكل أو غاب، وإذا فسخها لم يكن له بعد ذلك أن يتصرَّفَ فيما وَكَّل فيه، فأما إذا فسخ الموكل الوكالة نُظِرَ؛ فإن كان الوكيل حاضرًا انفسخت، ولم يكن له أن يتصرَّفَ بعد ذلك.

وإن كان الوكيل غائبًا؛ ففيه وجهان؛ **أحدهما**: أن الوكالة تنفسخ فِي الحال، ولا يقف الفسخ علىٰ علم الوكيل. **والثاني**: أن الوكالة لا تنفسخ حتىٰ يعلم الوكيل ذلك، فإذا علم حينئذٍ انفسخت، فتقف صحة الفسخ علىٰ علمه، وإن تصرف قبل أن يعلَمَ وبعد أن فسخ الموكل: صح تصرفه.

وهذان الوجهان مبنيان علىٰ قول الشافعي فِي التوكيل فِي استيفاء القصاص وهو إذا وَكَّل رجلًا فِي استيفاء القصاص، فيجيء به الوكيل ليضرب عنقه فعزله الموكل قبل الضرب، وضرب الوكيل عنقه قبل العلم بالعزل ففيه قولان:

أحدهما: أنه قد انعزل بعزله إياه، وتلك جناية خطأٍ من الوكيل.

والثاني: أنه ما انعزل، وقد وقع الاستيفاء موقعه، كما لو كان قبل أن يعزلَه.

ومِن أصحابِنا مَن يجعل فِي مسألة فسخ الوكالة قولين، ومنهم من يجعل فيها وجهين، وأما أبو حنيفة فإنه يقول: لا ينعزلُ حتىٰ يعلم، وهو أحد الوجهين.

واحتج من نصره بأن النهي لا يتعلق به حكمٌ فِي حق المنهي إلا بعد اتصال علمه به[١]، وهكذا نواهي صاحب الشرع كلها، ولهذا لما بلغ أهل

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

قباء أن القبلة قد حولت إلىٰ الكعبة وهم فِي الصلاة داروا وبنوا علىٰ صلاتهم، ولم يؤمروا بالإعادة[1]، فكذلك نهيُ الموكلِ وكيلَه عن التصرف ينبغي أن لا يتعلق به حكمٌ فِي حق الوكيل إلا بعد العلم.

وأيضًا، فإن الوكالة تشتمل علىٰ شيئين؛ أحدهما: التصرف، والثاني: الإمساك، ثم ثبت أن الإمساك باقٍ بعد الفسخ حتىٰ يعلم الوكيل به فكذلك التصرف.

ودليلُنا: أنه رفْعُ عقدٍ، فلم يفتقر إلىٰ عِلْمِ[2] من لا يفتقر إلىٰ رضاه، أصله: الطلاق.

فإن قيل: النكاحُ حق للزوج، ولا حقَّ للمرأة فيه، فكان للزوج أن يرفَعَ العقد بالطلاق من غير اعتبار علم المرأة، فتكون المرأة فِي ذلك بمنزلة السلعة المبيعة، فلذلك لم يعتبر علمها فِي الطلاق، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ فإن عقد الوكالة قد تعلق به حق لكُلِّ واحِدٍ منهما، وفسخ أحدهما يسقط ذلك الحق، فلذلك اعتبرنا علم صاحبه.

فالجوابُ: أنا لا نسلِّم ذلك فِي الأصل؛ لأن للمرأة حقًّا فِي النكاح، إذ المهر ثابتٌ لها والنفقة والكسوة، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فالطلاقُ يسقط حقًّا لها ثابتًا بالنكاح، ولا نسلِّم ذلك أيضًا فِي الفرع؛ لأن الحق فِي الوكالة للموكل دون الوكيل، فإذا فسخه فهو مسقطٌ لحقه دون حق وكيله.

فإن قيل: فإذا سمىٰ له جعلًا علىٰ الوكالة ثبت بذلك له حق فيها، فلا

---

(١) أخرجه البخاري (٤٠٣) ومسلم (٥٢٦) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) في (ص، ف): «حكم» وهو تحريف، وجاء علىٰ الصواب في بحر المذهب (٦/ ٣٧)، والبيان (٦/ ٤٥٥) وتكملة المجموع (١٤/ ١٥٥).

يجوزُ أن يسقطَه بالفسخ حتىٰ يعلم ذلك.

قيل: أنتم لا تفرقون بين أن يكونَ وكيلًا بجُعْل وبين أن يكونَ وكيلًا بغير جُعْل، وهذا المعنىٰ الذي ذكرتموه يختصُّ بإحدىٰ الحالتين، فبطل ما قلتموه، ويدلُّ عليه أيضًا، أنه فسخٌ للوكالة، فلم يكن من شرطه علمُ الوكيل؛ الدليل عليه: إذا مات الموكلُ أو أعتق العبدَ الموكل فِي بيعه أو باعه الموكل قبل علم الوكيل.

فإن قيل: المعنىٰ فِي هذه الأصول أنه فسخٌ بالشرع لا من طريق اللفظ، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ فإنه فسخٌ باللفظ، وهو أضعفُ من الفسخ بالشرع، ألا ترىٰ أنه إذا أعتق العبد المودع انفسخت الوديعة، ولو فسخها باللفظ لم تنفسخ الوديعة.

فالجوابُ: أنا لا نسلِّم ذلك، ولا فرق بين الفسخ الشرعي وبين الفسخ باللفظ.

وعندنا: تنفسخ الوديعة إذا فسخها باللفظ، وإن كان المودع غائبًا كما تنفسخ بالإعتاق.

فإن قيل: لو كانت الوديعة انفسخت للزمه الضمان بالتلف لأنه يكون ممسكًا لها علىٰ غير وجه الوديعة.

والجواب: أن الوديعة قد انفسخت وبقيت فِي يده علىٰ حكم الإمساك المتقدم، كما يفسخ المشتري البيع والمبيع فِي يده، فيبقىٰ فِي يده مضمونًا عليه بحكم الإمساك المتقدم بالبيع، ألا ترىٰ أنه لو كان حاضرًا وقام بعد الفسخ ليرد الوديعة فتلفت قبل أن يردَّها لم يلزمه الضمان؛ لأنها فِي يده بحكم الإمساك السابق حتىٰ يحصل منه تفريطٌ فِي ذلك.

فأما الجوابُ عما احتجوا به من نواهي صاحب الشرع وأوامره، فهو أن

نقول: نواهي صاحب الشرع وأوامره تفارق نواهينا وأوامرنا ، ولهذا قلتم: إن الرجل إذا أمر غلامه أن يستعيرَ من صديقٍ له دابةً من الكوفة إلىٰ الحيرة، فاستعارها الغلام إلىٰ المدينة، فركبها المستعير وتجاوز بها الحيرة، ولا علم له بإذن صاحب الدابة فِي ذلك، فتلفت الدابة فلا ضمان عليه، وجعلتموه بمنزلة أن يعلَمَ به.

وكذلك قلتم: إن الرجل إذا أوصىٰ إلىٰ رجلٍ غائبٍ بالنظر فِي تركته، فمات الوصي وتصرف الموصىٰ إليه فِي تركته وهو لا علم له بالوصية إليه، فإن التصرف يصحُّ بعد العلم بالوصية إليه.

ثم الفرقُ بين أوامر صاحب الشرع ونواهيه وبين أوامرنا ونواهينا أن الطاعة تتعلق بأوامره ونواهيه؛ والمعصية تتعلق بمخالفتها؛ فلهذا اعتبر فيه علم المأمور بها والمنهي عنها، وليس كذلك أوامرنا ونواهينا، فإن الثواب لا يتعلق بامتثالها، ولا يتعلق العقاب بمخالفتها؛ فبان الفرقُ بينهما.

وأما الجوابُ عن دليلِهِم الثاني، فهو أن نقول: إذا فسخ الموكلُ الوكالةَ انفسخت فِي التصرف فِي الإمساك، وذلك الإمساك بعد الفسخ ليس بإمساك الوكالة، وإنما هو إمساكٌ بحكم الإمساك المتقدم، كما ذكرنا ذلك فِي إمساك الوديعة بعد فسخها، ألا ترىٰ أنه إذا فسخها وهو حاضرٌ بقي علىٰ حكم الإمساك المتقدم إلىٰ أن يردَّ أو يفرط، فإن تلف قبل الرد والتفريط لم يلزمه الضمان، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

إذا أراد الموكلُ عزلَ الوكيل فلا فرقَ بين أن يقولَ «فسختُ الوكالة»، أو «أبطلتُ الوكالة»، أو «نقضتُها»، أو «عزلتُك»، أو «صرفتُك عنها»، وما أشبه ذلك من الألفاظ التي تقتضي الفسخ والعزل ويصرح بمعناه.

فأما ما تنفسخ به الوكالة فمثل الموت، والجنون، والإغماء.

فإذا مات أحدُهما أو جُنَّ أو أُغمي عليه بطلت الوكالة؛ لأن الموت ينقل الملك، فهو كالبيع والعتق.

وأما الجنونُ والإغماءُ فإنه يثبت الولاية عليه؛ فيصير فِي معنىٰ الصبي، ولا يصحُّ توكيل الصبي.

فأما النومُ فلا يبطل الوكالة، ويفارق الإغماءَ والجنونَ؛ لأن الإغماء والجنون يسقطان فرض الصلاة، ويثبتان الولاية علىٰ المغمىٰ عليه، وليس كذلك النوم؛ فإنه لا يسقط فرض الصلاة، ولا يثبت الولاية عليه.

وأما إذا حُجِر عليه حَجْرَ السفه بطل توكيلُه فِي التصرف فِي أعيان أمواله فِي ذِمَّته، ولم يبطل فِي الطلاق والخلع وطلب القصاص؛ لأن الحجر لا يمنع هذه ويمنع ما عداها، فكذلك الوكيلُ إذا حُجر عليه، لأنه منع من التصرف فِي ذلك لحق نفسه، فلم تصحَّ نيابته عن غيره فيه، ولا يبطل توكيلُه فِي الطلاق والخلع وطلب القصاص لما قدمناه .

وإن حُجِر عليه لفلسٍ بطلت الوكالةُ فِي أعيان أمواله، ولم تبطل فِي التصرف فِي الذمة، وفِي الطلاق، وفِي الخلع، وفِي طلب القصاص؛ لأن الحجر عليه لا يمنع هذه ويمنع ما عداها.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (فَإِنْ ثَبَتَ وَأَقَرَّ عَلَى مَنْ وَكَّلَهُ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِقْرَارُهُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُوَكِّلْهُ بِالْإِقْرَارِ، وَلَا بِالصُّلْحِ، وَلَا بِالْإِبْرَاءِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا وَكَّل رجلٌ رجلًا فِي الخصومة ولم يأذن له فِي

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٩).

الإقرار فأقر علىٰ مُوَكِّله بقبض الحقِّ الذي وَكَّله فِي المخاصمة فيه لم يلزمه إقرارُه عليه بذلك، سواء كان فِي مجلس الحكم أو فِي غيره، وبه قال مالكٌ وابن أبي ليلىٰ وزفرٌ.

وقال أبو حنيفة ومحمدٌ: يصحُّ إقراره علىٰ مُوَكِّله فِي مجلس الحكم، ولا يصحُّ فِي غيره.

وقال أبو يوسف: يصحُّ فِي مجلس الحكم وفِي غيره[1].

واحتج من نصر أبا حنيفة بما روي أن عليًّا وَكَّل عَقِيلًا فقال: هذا عقيلٌ؛ فما قُضِي عليه فعليَّ، وما قُضِي له فلي[2].

قالوا: فلأن كلَّ مَن صح إنكارُه فِي الخصومة صح إقرارُه فيها، كالموكل نفسه، ولأن الوكيل ملك المخاصمة علىٰ الإطلاق، فجاز أن يملكَ الإقرار فيها كالموكل، ولأن الإقرار أحد جوابي المدعىٰ عليه، فجاز أن يملكَه الوكيل، كالإنكار، ولأن الحاكِمَ يطالبُ الوكيلَ عند الدعوىٰ بالجواب، فلو كان جوابُه بالإقرار غيرَ مقبولٍ لم يكن لمطالبة الحاكم إياه بالجواب - وقوله ما يقول فيما يدعي علىٰ مُوَكِّلك - فائدةٌ.

ودليلُنا: أن كلَّ مَن لا يصحُّ إقرارُه فِي غير مجلس الحكم، وجب أن لا يصحَّ إقراره فِي مجلس الحكم، كالأجنبي أو الوكيل إذا نهاه الموكلُ عن الإقرار.

فإن قيل: أليس إذا لم يصحَّ إقرارُه فِي غير مجلس الحكم مما يدلُّ علىٰ أنه لا يصحُّ فِي مجلس الحكم، ألا ترىٰ أن إنكاره لا يصحُّ فِي غير مجلس

---

(١) قال في بحر المذهب (٦/ ٤٢): وعن أبي يوسف روايتان؛ إحداهما مثل قولنا، والثانية: يملكه في مجلس الحكم وغيره.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٦٣٨) وهو في الأم (٣/ ٢٣٧).

الحكم ويصحُّ فِي مجلس الحكم؟

فالجوابُ: أن الإنكار لا يصحُّ إلا فِي مجلس الحكم من الموكل نفسه، وكذلك لا يصحُّ من الوكيل إلا فيه، وليس كذلك الإقرار؛ لأنه يصحُّ من الموكل فِي غير مجلس الحكم، فلو كان إقرارُ الوكيل بمنزلة إقرار الموكل لصح فِي غير مجلس الحكم، كما يصحُّ إقرار الموكل فيه.

ومعنىٰ قولنا - أن الإقرار يصحُّ فِي غير مجلس الحكم - أنه إذا ثبت عند الحاكم أنه أقر فِي موضعٍ آخر غير مجلسه حكم عليه بذلك، ولا يحتاج أن يطالبَه باستئناف إقرارٍ فِي مجلسه.

وأما الإنكارُ، فلو ثبت عند الحاكم علىٰ رجل أنه أنكر فِي غير مجلس الحكم لم يحكم الحاكم بذلك حتىٰ يستأنف إنكاره بحضرته، ويدلُّ عليه أيضًا أن الإقرار معنىٰ يقطع الخصومة، فإذا لم يصحَّ فِي غير مجلس الحكم وجب أن لا يصح فِي مجلس الحكم، أصله: الإبراء، ولا يدخُلُ عليه قبض الحق؛ لأنه يصحُّ فِي غير مجلس الحكم، ويدلُّ عليه أيضًا أنه وكيلٌ، فلم يملك به الإقرار علىٰ الموكل، أصله: إذا وَكَّله فِي حد القذف والقصاص.

فإن قيل: إنما لم يثبت الحدُّ والقصاصُ بإقرار الوكيل؛ لأنه قائمٌ مقام إقرار الموكل، وما قام مقام غيره لم يثبت به الحدُّ والقصاص، ولهذا لا يثبتان بالشهادة علىٰ الشهادة وكتاب القاضي إلىٰ القاضي، وليس كذلك سائر الحقوق؛ فإنها تثبت بما يقومُ مقامَ الغير، فلذلك تثبت بإقرار الوكيل.

فالجوابُ عنه من وجهين:

أحدهما: لا نسلِّم ذلك فِي الأصل، لأن عندنا يثبت الحدُّ والقصاصُ بالشهادة علىٰ الشهادة وكتاب القاضي إلىٰ القاضي علىٰ أحد القولين.

والثاني: أنه ينتقض به إذا وَكَّله فِي تثبيت الحدِّ والقصاص فثبتهما

بشهادتي الأصل، فإنهما يثبتان، وإنما ثبتا بما هو قائمٌ مقام الغير، وهو توكيلُ الوكيل.

فإن قيل: ليس كذلك؛ لأنهما ثبتا بالشهادة، فهي أصلٌ بنفسها.

قيل: لا يثبتان بمجرد الشهادة، ألا ترىٰ أنهما لو شهدا بذلك قبل دعوىٰ الوكيل وقبل مطالبته بالأداء لم يثبتاها، وإنما يسمع تلك الشهادة إذا ادَّعىٰ الوكيل وطالب بالتأدية، وتلك الدعوىٰ والمطالبة قائمةٌ مقام دعوىٰ الموكل ومطالبته.

فأما الجوابُ عما احتجوا به من الخبر، فهو أنه لا حجة لهم فيه؛ لأن الوكيل إذا أقر علىٰ مُوَكِّله بالحق لم يقض بذلك علىٰ موكله، وقد جعل علي ﷺ ما قضي به علىٰ عقيلٍ مقضيًّا به عليه، ولو أقر عليه بالحقِّ لم يقض به عليه، فدل علىٰ أنه لا حجةً فيه، ومعنىٰ قوله: «ما قضي عليه فعلي»، معناه: بالشهادة لا بالإقرار[1].

وأما الجوابُ عن قياسِهم على الموكل نفسه، فمن وجهين؛ أحدهما: أنه منتقضٌ إذا وَكَّله ونهاه عن الإقرار، وإذا وَكَّله فِي حدٍّ أو قصاصٍ، ثم المعنىٰ فِي الموكل أنه يصحُّ إقراره فِي غير مجلس الحكم، وليس كذلك إقرار الوكيل؛ فإنه لا يصحُّ فِي غير مجلس الحكم فلم يصحَّ فِي مجلس الحكم.

وهكذا الجواب عن قياسِهم الثاني.

فأما قياسُهم على الإنكار، فالجوابُ عنه من وجهين:

أحدهما: أنا نقلب الحكمَ فنقولُ فوجب أن يملكَ الموكلُ إبطاله علىٰ الوكيل، أصله: ما ذكروه.

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٥١٤).

والثاني: أن المعنىٰ فِي الأصل أن الإنكار موافقٌ لما وَكَّله فيه، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأن الإقرار مخالفٌ للخصومة ومنافٍ لها، فلذلك لم يصحَّ، كما قلنا فِي الإبراء.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أنه لا يكون لمساءلة الحاكم الوكيل فائدة إذا لم يقبل إقراره، فهو أن له فائدة إذا أنكر سُمعت البينة، وتوجهت اليمينُ إن لم تكن بينةٌ، وهذه فائدة تتعلق بإنكاره بعد مساءلة الحاكم إياه عند الدعوىٰ عليه، فبطل ما قالوه.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا أن إقرارَ الوكيلِ لا يصحُّ إذا لم يأذن له فيه موكِّلُه، فأما إذا أذن له فيه، فهل يصحُّ ذلك التوكيلُ فِي الإقرار أم لا؟ اختلف أصْحابُنا؛ فمنهم من قال: يصحُّ، وإذا أقر الوكيلُ لزم الموكل إقراره، قال هذا القائل: وهو ظاهر قول الشافعي؛ لأنه قال فيما نقله المزني: لم يلزمه إقراره؛ لأنه لم يُوَكِّله فِي الإقرار، وقال فِي «كتاب العِرَاقِيَّيْنِ»[1]: لم يلزمه إقرارُه؛ لأنه لم يقل له: «أقر عني»، وقال أبو العباس بن سُريجٍ: لا يصحُّ التوكيل فِي ذلك.

وإذا أقر الوكيلُ لم يلزم الموكل إقراره؛ لأن الإقرار إخبارٌ عن حقٍّ واجبٍ عليه، وإخبارُ الرجل عن الحقِّ الواجِبِ علىٰ غيره لا يثبتُ إلا بشهادةٍ، وهذا ليس بشهادةٍ فلم يثبتْ بها الحق، ألا ترىٰ أنه لو قال: «رضيتُ

(١) تثنية عراقي، والمقصود بهما أبو حنيفة ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ، كما شرح ذلك النووي رَحِمَهُ اللهُ في تهذيب الأسماء واللغات (٢/ ٢٨٠) قال: العراقيان اللذان يقول في المهذب في مواضع كثيرة: «قال في اختلاف العراقيين» هما أبو حنيفة، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ، وقوله: «العراقيين» بفتح الياء الأولىٰ وكسر النون؛ لأنه مثنىٰ، وإنما ضبطته، لأنه قد يصحف، وهذا كتابٌ صنفه الشافعي فذكر فيه المسائل التي اختلفا فيه، ويختار تارة ذاك وتارة يضعفهما ويختار ثالثًا، وهذا الكتابُ هو أحد كُتب الأم، وهو نحو نصف مجلد.

بما شهد به عليّ فلان لفلانٍ من الحقوق»، فشهد عليه ذلك الرجلُ الذي أشار إليه لم يلزمه، فكذلك هاهنا.

قال أبو العباس بن سُريجٍ: وليس فِي لفظ الشافعيِّ ما يدلُّ علىٰ صحة هذا التوكيل، وإنما هو شيءٌ يدعىٰ من حيث دليل نطقه، ولا يثبت له مذهبٌ بدليل نطقه.

إذا تقرر هذا، فإن قلنا يصحُّ التوكيل فِي ذلك، فإذا أقر الوكيل عليه بما أذن له فيه لزمه إقراره، وإذا قلنا لا يصحُّ التوكيل فيه فهل يكون ذلك التوكيل والإذن فِي الإقرار عنه إقررًا منه أم لا؟ مِن أصحابِنا مَن قال: يكون إقرارًا منه لأنه أخبر عن حقٍّ عليه لخصمه.

وقال أبو العباس: لا يكون ذلك إقرارًا؛ لأن التوكيل فِي الشيء لا يكون إثباتًا لنفس الشيء الموكل فيه، ألا ترىٰ أن التوكيل فِي البيع لا يكون بيعًا، ورضاه بما يشهد عليه به فلانٌ لا يكون إقرارًا بذلك الحق.

وكذلك الأمر بالأمر لا يكون أمرًا، ألا ترىٰ أن النبي ﷺ قال: «**مروا أولادكم بالصلاة لسبعٍ**»[1]، فكان ذلك أمرًا منه للآباء دون الأولاد، فكذلك هاهنا مثله، هذا إذا أذن له فِي الإقرار بشيءٍ معلومٍ.

فأما إذا أذن له فِي الإقرار بشيءٍ مجهولٍ، مثل أن يقولَ له «وكَّلتُك فِي الإقرار عني بحق»، فإن قلنا يصحُّ توكيلُه فِي ذلك صح توكيلُه هاهنا، وإذا أقر الوكيلُ بذلك المجهول ثبت الإقرار، ويرجع إلىٰ الموكل فِي تفسيره، [وإن قلنا يصحُّ التوكيلُ لكنه إقرار من الموكل فلذلك يرجع إليه فِي تفسيره][2] وإن قلنا لا يصحُّ التوكيل ولا يكون إقرارًا فلا معنىٰ لذلك

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٩٥) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

التوكيل، ووجودُه وعدمُه سواء.

هذا كلُّه فيه إذا وَكَّله فِي الإقرار عنه، فأما إذا وَكَّله فِي الإبراء والصلح صح ذلك؛ لأنه تصرفٌ مستأنفٌ فصح التوكيل فيه[1]، وليس كذلك الإقرار، فإنه إخبارٌ عن حق سابقٍ، وقد بينا أن إخبار الرجل عن حقٍّ واجبٍ علىٰ غيره لا يصحُّ إلا علىٰ[2] وجه الشهادة، وهذا ليس بشهادةٍ فلم يصحَّ منه، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فَإِنْ وَكَّله بِطَلَبِ حَدٍّ لَهُ أَوْ قِصَاصٍ، قُبِلَتِ الوَكَالَةُ عَلَى تَثْبِيْتِ الْبَيِّنَةِ)[3].

وهذا كما قال.. إذا وَكَّل رجلٌ رجلًا فِي تثبيت حدِّ القذف أو القصاص عند الحاكم وإقامة البينة عليه؛ فإن التوكيل صحيحٌ، وبه قال جميعُ الفقهاء إلا أبا يوسف، فإنه قال لا يصحُّ التوكيل فِي تثبيت الحد بحالٍ.

واحتج بأن الوكيل قائمٌ مقام الموكل فِي هذا التثبيت، وما قام مقام الغير لا يثبت به حدٌّ ولا قصاصٌ، كالشهادة علىٰ الشهادة، وكتاب القاضي إلىٰ القاضي، وشهادة الرجل والمرأتين، وربما حرر من هذا علة فقيل إنه حد؛ فلا يجوزُ التوكيل فِي تثبيته قياسًا علىٰ حدود الله تعالىٰ[4].

وهذا غلطٌ؛ لأن القصاص وحد القذف حق للآدمي، فجاز التوكيل فِي تثبيته قياسًا علىٰ سائر الحقوق المالية.

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٩).

(٤) الحاوي الكبير (٦/ ٥١٦)، وبحر المذهب (٦/ ٤٤).

فأما قولُه إن الوكيل قائمٌ مقام الموكل فلم يثبت به حد، كالشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي، وشهادة الرجل والمرأتين.

فالجوابُ: أنَّا لا نسلِّم أن الحد لا يثبت بكتاب القاضي إلىٰ القاضي وبالشهادة علىٰ الشهادة(١)، بل يثبت بذلك علىٰ أحد القولين، فلم يصحَّ ما قالوه، وعلىٰ القول الآخر أنه لا يثبت، فعلىٰ هذا لا نسلِّم أن شهادة الرجل والمرأتين قائمةٌ مقام شهادة الرجلين، وإنما هي أصلٌ بنفسها، والذي يدلُّ علىٰ ذلك أن شهادة الرجل والمرأتين يجوزُ سماعُها مع وجود الرجلين، فدل علىٰ أنها ليست قائمةً مقام غيرها، أو نقول: لا نسلِّم أن الوكيل إذا ثبت الحد بالبينة كان ذلك ثبوتًا بما قام مقام الغير؛ لأنه لا يثبت بالوكيل، وإنما يثبت بالبينة التي أقامها الوكيل، وإذا كان كذلك لم يصحَّ ما قاله.

وأما قياسه على حدود الله تعالى، فهو أن التوكيل إنما لا يصحُّ فِي تثبيتها؛ لأنه لا مطالب ولا مخاصم فيها، ومن شرط إقامة البينة التي تثبت بها الحدود أن يتقدَّم بها دعوىٰ، فلذلك لم يصحَّ فِي الحدود التي هي حق الله تعالىٰ، والحدودُ التي هي حق للآدمي بخلافها علىٰ ما بيناه.

• فَصْلٌ •

هذا كله فِي تثبيت الحدود التي هي حقٌّ للآدمي، فأما التوكيلُ فِي استيفائها، فإنه يجوز(٢)، وهل من شرط الاستيفاء حضور الموكل أم لا؟ الذي نص عليه الشافعي هنا أنه لا يجوزُ؛ لأنه قال «فإذا حَضَرَ الحدُّ أو القصاصُ لم أحدد ولم أقتص حتىٰ يحضر المحدود له أو المقتص له من

---

(١) سبق ذلك في كلام المصنف قبل قليل.

(٢) وقال أبو إسحاق: يجوز أن يوكل في استيفائها بحضرته وغيبته قولًا واحدًا.. بحر المذهب (٦/ ٤٤).

قِبَلِ أنه قد يقر له ويكذب البينة، أو يعفو فيبطل الحدُّ والقصاص»[١]، وقال فِي «كتاب الجنايات»[٢]: «ولو وَكَّله فِي استيفاء قصاصٍ، فتنحىٰ به الوكيل، ثم عفا عنه الموكلُ، [وضرب الوكيلُ عنقه، فهل يجبُ عليه الضمانُ أم لا؟ فيه قولان،[٣]» وهذا يدلُّ علىٰ جوازِ التوكيلِ فِي الاستيفاء مع غيبةِ الموكِّل][٤].

واختلف أصْحابُنا فِي ذلك علىٰ ثلاثة طرقٍ:

فذهب أبو إسحاق المروزيُّ إلىٰ أن الصحيح ما ذكره فِي «كتاب الجنايات» وهو أن التوكيل يصحُّ مع غيبة الموكل، قال: والذي ذكره هاهنا من اعتبار حضور الموكل إنما قاله علىٰ سبيل الاحتياط لا علىٰ سبيل الوجوب.

ومِن أصحابِنا مَن ذهب إلىٰ أن الصحيح ما ذكره هاهنا من اعتبار حضور الموكل، لأن الشافعي قد بيَّن ههنا مذهبَه وشرَحه أكثر مما ذكر فِي «الجنايات»، ويحتمل قولُه هناك «فتنحىٰ به» أن يكونَ أراد به تأخيره عن حضرة الموكل؛ بحيث لا يغيب عن عينه.

ومِن أصحابِنا مَن قال المسألة على قولين؛ أحدهما: يجوزُ من غير حضوره كما نصَّ عليه فِي «كتاب الجنايات»، **والثاني**: لا يجوزُ الاستيفاءُ إلا مع حضور الموكل كما نص عليه هاهنا.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ : الصحيحُ ما ذهب إليه أبو إسحاق من أنه يجوز

(١) مختصر المزني (٨/ ٢٠٩)، وأصل الكلام في الأم (٣/ ٢٣٧).

(٢) كتاب الأم (٦/ ٢٢).

(٣) **أحدهما**: أن ليس علىٰ القاتل شيء إلا أن يحلف بالله ما علمه عفا عنه ولا علىٰ الذي قال قد عفوت عنه. **والقول الثاني**: أنه يغرم الدية ويكفر إن حلف وأقل حالاته أن يكون قد أخطأ بقتله.

(٤) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

التوكيلُ فِي الاستيفاء مع غيبة الموكل، والدليلُ عليه أن الشافعي قد ذكر فِي آخر «كتاب الديات» فِي باب الشهادة علىٰ الجناية[1] قال: «فإذا كان القودُ لم يدفع إليه حتىٰ يحضر الولي أو وكيله فيقتله فيكون له قتله»، وهذا يقتضي أنه إذا حضر الوكيلُ ليستوفِي القصاص جاز له وإن لم يحضر موكله.

إذا ثبت هذا، فمن قال إن المسألة علىٰ قولين وجَّههما، فقال إذا قلنا لا يجوزُ للوكيل الاستيفاء مع غيبة الموكل - وهو مذهبُ أبي حنيفة - فوجهُهُ ما رُوِي عن النبي ﷺ قال: «**ادرأوا الحدود بالشبهات**»[2]، وفِي استيفاء هذا الحد شبهة؛ لأنه لا يدري الوكيل هل عفا الموكل عن هذا القصاص أو لم يعف عنه، فيكون ذلك شبهة، فلم يَجُزْ له استيفاؤه، ولأن الموكل إذا حضر كان فيه احتياطًا للدم؛ لأنه يقال: القدرةُ تذهبُ بالحفيظة - وهي الحقد[3] - فربما رقَّ له قلبُه ونَظَرَ ما يحصلُ له بالعفو من الثواب فِي الآجل والشكر فِي العاجل، سيما والله تعالىٰ يقول: ﴿وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰ﴾ [البقرة:٢٣٧].

وربما حضر الموكل فتكلم بما تسقط بينته، فإذا كان كذلك وجب اشتراط حضوره احتياطًا للدم وحفظًا له.

وإذا قلنا يجوز للوكيل استيفاؤه وإن لم يحضر الموكل، فوجهُهُ أن كل ما جاز التوكيل فِي استيفائه إذا حضر الموكلُ جاز التوكيلُ فِي استيفائه مع غيبته، أصله: سائر الحقوق.

---

(١) الأم (٦/ ١٩).

(٢) أخرجه الترمذي (١٤٢٤) وفي العلل الكبير (٤٠٩، ٤١٠) والدارقطني (٣٠٩٧) والحاكم (٨١٦٣) والبيهقي (١٧٠٥٧)، من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، بنحوه، وأعله الترمذي بالوقف، قال: وقد روي نحو هذا عن غير واحد من أصحاب النبي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أنهم قالوا مثل ذلك.

(٣) قال الميداني في مجمع الأمثال (ص ١٤): قال أبو عبيد: بلغنا هذا المثلُ عن رجل عظيم من قريش في سالف الدهر كان يطلب رجلًا بِذَحْلٍ (الذحل - بفتح الذال وسكون الحاء - الثأر) فلما ظفر به قال: لولا أن المقدرة تذهب الحفيظة لانتقمت منك، ثم تركه.

فإذا قلنا بهذا فالجوابُ عن الاحتجاج للقول الأول بالخبر أن نقول: جواز عفو الموكل ليس بشبهةٍ يدرأ لها القصاص ولو كان ذلك شبهة لم يَجُزْ لمعاذ بن جبلٍ ولا لسائر الصحابة أن يقيموا حدًّا فِي عهد رسول الله ﷺ ولا يستوفوا قصاصًا فِي سائر البلدان؛ لجواز أن يكونَ ذلك الحد قد نسخ، إذ النسخ جائزٌ فِي حياة رسول الله ﷺ، ولما لم يكن ذلك شبهة للصحابة لم يكن هذا المعنىٰ فِي مسألتنا شبهة يدرأ لها الحد.

وأما الجواب عن قولِهِم إن فِي حضور الموكل احتياطًا للدم، فهو أن علىٰ هذا يلزمهم أن يُحْضِروا الحاكِمَ وقتَ الاستيفاء، فربما تغير اجتهادُه فيكون قد حكم بقتل المسلم بالكافر، فإذا حَضَر وتغير[١] اجتهاده فلم يقتله به، ويلزمهم أن يُحْضِروا الشُّهود؛ لأنه ربما رجعوا عن شهادتِهم، إذ كان قد شبه لهم، ويلزمهم إذا أحضروا الموكل أن لا يمكنوه من استيفاء الحدِّ إلا بعد أن يستأنِي به، أقله[٢]: ثلاثة أيام؛ لأنه ربما يزول غيظُه فيعفو عن الحد، وربما يتكلم بما يسقط بينته، وإذا كان كذلك ولم يعتبروا هذه الاحتياطات ولا شيئًا منها وجب أن لا يعتبروا هذا الاحتياط الذي ذكروه، ولا فرق بينهما.

• فَصْلٌ •

هذا كله فِي الحدود التي هي حقٌّ للآدمي، فأما الحدود التي هي حقٌّ لله تعالى، فإنه لا يصحُّ التوكيل فِي تثبيتها؛ فإن المستحق لها هو الله تعالىٰ، وهو غير مطالبٍ بها، ولا مستنيب[٣] فِي المطالبة؛ لأنه أمر بسترها وتغطيتها، فلم يصحَّ التوكيل فيها، وهي بمنزلة حق الآدمي إذا لم يطالب به ولم يستنب فِي

(١) في (ص، ف): «حضروا تغير»!
(٢) كذا، والمعنىٰ أن يستأني به مدة أو زمنًا أقله كذا وكذا.
(٣) في (ص): «مستثنىٰ» وهو تحريفٌ.

المطالبة به؛ فإنه لا يجوزُ لأحدٍ أن يتوكل فيه.

وأما التوكيلُ فِي استيفائها فإنه يجوز إذا قامت البينة بها وأقر من قد وجبت عليه بها؛ لأنه يجوز للإمام أن يستنيب فِي إقامة الحد، بدليل أن النبي ﷺ والصحابة لم يكونوا يتولوا إقامة الحدود بأنفسهم، بل كانوا يستنيبون فِي إقامتها غيرهم، فدل علىٰ جواز الاستنابة فِي الاستيفاء.

وأيضًا، فإن الاستنابة إنما جازت هاهنا قولًا واحدًا من غير شرط حضور الموكل؛ لأن الموكل هاهنا هو الإمام، وعفو الإمام عن حدود الله لا يسقطها، فلم يكن لحضوره استيفاءها معنىً يفيد، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَيْسَ لِلْوَكِيْلِ أَنْ يُوَكِّلَ، إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ الْمُوَكِّلُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا وَكَّل رجلٌ رجلًا فِي التصرف فِي ماله ببيع وشراء وغيرهما، فهل يجوزُ للوكيل التوكيل فيما جعل إليه أم لا؟ لا يخلو حال الوكالة من أحد أمرين؛ إما أن تكون مطلقةً، أو مقيدةً بالإذن فِي التوكيل.

فإن كانت مطلقةً فلا يخلو من أحد ثلاثة أحوالٍ؛ إما أن يكونَ ذلك العمل الذي وَكَّله فيه عملًا يترفَّع مثلُه عنه، مثل أن يكونَ وكيلُه فِي البيع والشراء وما جرت عادته بالابتذال فِي السوق بمثله، أو يكون ذلك عملًا لا يترفَّع عن مثله، ولكنه منتشرٌ كثيرٌ لا يمكنه القيام به بنفسه أو يمكنه القيام به، فإن كان ذلك العملُ مما يترفع عن مثله جاز له التوكيل فيه؛ لأن إطلاق التوكيل لمثله فِي مثل ذلك العمل يقتضي الإذن فِي التوكيل، وإن كان لا

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٩).

يترفع عن مثله، لكنه منتشرٌ كثيرٌ لا يمكنه القيام به بنفسه جاز أن يوكل فيه، لأن إطلاق ذلك يقتضي الإذن فِي التوكيل.

فإذا ثبت أن له أن يوكل، فهل يجوز له التوكيل فِي جميعه أو لا يجوزُ إلا فِي قدر ما يفضل عن كفايته بنفسه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز التوكيل فِي الجميع؛ لأن إطلاق الوكالة اقتضىٰ الإذن فِي التوكيل، فهو كما لو وَكَّله وأذن له فِي التوكيل مطلقًا.

والثاني: لا يجوزُ له التوكيلُ إلا فِي القدر الفاضل عن كفايته بنفسه؛ لأن هذا التوكيلَ إنما يجوزُ له لأجل الحاجة الداعية إليه؛ لأنه لا يمكنه القيام به بنفسه، فلم يَجُزْ إلا فِي قدر الحاجة.

وأما إذا كان ذلك العمل مما لا يترفَّع عن مثله ويمكنه القيامُ به بنفسه فإنه لا يجوزُ له أن يوكِّل فيه لمعنيين:

أحدهما: أنه أذن له فِي عقودٍ سماها، ولم يأذن له فِي التوكيل، فلم يَجُزْ له أن يعقد ما لم يأذن له فيه، كما لو وَكَّله فِي البيع لم يَجُزْ له أن يعقد له التزويج.

والثاني: أنه إنما رضي بأمانته، ولم يرض بأمانة غيره، فلا يجوزُ له أن يأتمن علىٰ ماله من لم يرض هو بأمانته.

هذا إذا كانت الوكالة مطلقةً، فأما إذا كانت مقيدةً بالإذن فِي التوكيل جاز له ذلك؛ لأنه عقدٌ أذن له فيه، فهو كما يأذن له فِي البيع والشراء.

فإن قيل: فقد قلتم إن الموصي إذا جعل للوصي أن يوصي لم تصح وصية الوصي.. **قيل**: إن جعل إليه أن يوصي عنه جاز؛ لأن للموصي أن يوصي إلىٰ واحدٍ وإلىٰ اثنين وأكثر، وإن جعل إليه أن يوصي عن نفسه لا عن الموصي ففيه قولان؛ أحدهما: يجوز، فعلىٰ هذا سوينا بينهما، **والثاني**: لا يجوزُ.

فعلىٰ هذا الفرقُ بينهما أن الوصية لا تصح إلا ممن له الولاية بنفسه؛ لا بالتولية وولاية هذا الوصي بالتولية، ألا ترىٰ أنه لا يملك أن يبيع ماله من اليتيم ولا أن يشتريَ من ماله شيئًا لنفسه، وليس كذلك فِي التوكيل؛ لأنه ليس من شرطه الولاية بنفسه؛ فلذلك جاز توكيلُ الوكيل.

إذا ثبت هذا، فإن وَكَّل، نُظِرَ، فإن وَكَّل عن الموكل كانا وكيلين له، وكان له أن يعزلهما متىٰ شاء، ويعزل أحدهما إن أراد، وليس لأحد الوكيلين أن يعزل صاحبه، وإن مات الموكل بطلت وكالتهما، وإن مات أحدُهما لم تبطل وكالةُ الآخر؛ لأنه ليس بوكيلٍ له، فأما إذا وَكَّله عن نفسه كان وكيلًا له، وله أن يعزله، فإن مات الموكل بطلت وكالتهما، وإن مات الوكيل الأول بطلت وكالته ووكالة وكيله لأنه فرعٌ له، وإن مات الوكيل الثاني لم تبطل وكالة الأول؛ لأنه ليس بفرعٍ له[1].

فرع

قال أبو العباس بن سُريج: إذا وَكَّله فِي تصرفٍ سماه له، ثم قال: «قد أذنتُ لك أن تصنعَ ما شئتَ»، فهل يكون إذنًا فِي التوكيل أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكون إذنًا فيه، لأن اللفظة عامةٌ تتناول جميع ما يشاء، والتوكيل من جملته.

والثاني: ليس له ذلك؛ لأنه ما صرح بالإذن فيه، والعمل مما يمكنه مباشرته بنفسه.

وقوله: (وأن تصنع ما شئت) راجعٌ إلىٰ التصرف الذي سماه له دون غيره.

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٥١٨)، وبحر المذهب (٦/ ٤٥ - ٤٦) والبيان (٦/ ٤١١).

فرع

إذا ولىٰ الإمامُ رجلًا القضاء فِي ناحية، فهل له أن يستنيب فِي القضاء أم لا؟ يُنْظَرُ، فإن جعل إليه أن يستنيب فِي القضاء كان له ذلك، وإن أطلق ذلك ولم يصرح بالإذن فِي الاستنابة، [نُظِرَ، فإن أمكنه مباشرةُ ذلك بنفسه لم تجز الاستنابة](١) فيه، وإن لم يمكنه ذلك لكثرته وانتشاره جاز له الاستنابة فيه، وهل يجوزُ له الاستنابة فِي الجميع أم لا؟ فيه وجهان، أحدهما: يجوزُ له ذلك، والثاني: لا يجوزُ إلا بقدر حاجته علىٰ ما بيناه فِي التوكيل.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المُزَنِي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فَإِنْ وَكَّله بِبَيْعِ مَتَاعِهِ فَبَاعَهُ، فَقَالَ الْوَكِيْلُ «قَدْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ الثَّمَنَ»، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِيْنِهِ)(٢).

وهذا كما قال.. إذا اختلف الموكلُ والوكيلُ فلا يخلو اختلافُهما من ثلاثة أحوالٍ، **أحدها**: أن يختلفا فِي التلف، **والثاني**: أن يختلفا فِي الرد، **والثالث**: أن يختلفا فِي التصرف.

فإن اختلفا فِي التلف، فادَّعىٰ الوكيلُ تلفَ المال الذي سلَّمه الموكل إليه ليتصرف فيه، وأنكر الموكلُ تلفه أو ادَّعىٰ تلف الثمن الذي قبضه بعدما أقر له الموكلُ بالقبض، غير أنه أنكر التلف، فالقولُ قولُ الوكيل فِي ذلك؛ لأنه أمينٌ، وقد ادَّعىٰ فِي الأمانة ما يتعذر إقامةُ البينة عليه، فكان القولُ قولَه فيه كما لو ادَّعىٰ الوصيُّ الإنفاقَ علىٰ اليتيم كان القولُ قولَه فِي ذلك؛ لأنه يتعذر عليه أن يقيم البينة علىٰ جميع ما ينفقه عليه من قليلٍ وكثيرٍ، فكذلك هذا

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٩).

الرجل يتعذر عليه إقامة البينة علىٰ التلف؛ لأن المال قد يتلف ظاهرًا، وقد يتلف باطنًا، فلا يقف علىٰ تلفه أحدٌ.

إذا ثبت هذا، فكذلك كل أمينٍ حاكمٍ، أو شريكٍ، أو مضاربٍ، أو مرتهنٍ، أو مستأجرٍ، أو أجيرٍ مشتركٍ، علىٰ القول الذي ينفِي عنه الضمان، أو مودعٍ.

فإن اختلفا فِي الرد، فادَّعىٰ الوكيلُ ردَّ المال الذي سلم إليه أو رد الثمن وأنكر الموكل ذلك، نُظِرَ، فإن كان وكيلًا بغير جُعْلٍ قُبِل قولُه فِي ذلك مع يمينِهِ؛ لأنه قبض المال لمنفعة غيره دون منفعته، فهو كالمودع يدعي ردَّ الوديعة علىٰ صاحبها، وإن كان وكيلًا بجُعلٍ ففيه وجهان:

أحدهما: أن القولَ قولُ الموكل مع يمينِهِ؛ لأن الوكيل قبض المال لمنفعة نفسه - وهي الجُعْلُ الذي يستحقه بالتصرف فيه - فهو كالمرتهن يدعي رد الرهن، أو المستعير يدعىٰ رد العارية، أو المستأجر يدعي رد العين التي استأجرها.

والوجه الثاني: أن القولَ قولُ الوكيل مع يمينِهِ؛ لأنه أخذ العين لمنفعة الموكل؛ لأنه لا ينتفع بعين المال، والجعل الذي يستحقُّه لا يتعلق بقبض العين، ولا يتعلق بها، وإنما يستحقُّه بالتصرف بعد القبض، فقبضه لهذا المال بمنزلة قبض المودع للعين المودعة وقبض الوكيل إذا كان بغير جُعْلٍ.

ويفارق ما ذكروه من المرتهن والمستعير والمستأجر؛ لأن حقوقهم متعلقةٌ بالعين، وانتفاعهم بها حين القبض، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأنه لا منفعة للوكيل فِي قبض العين، وإنما منفعتُه فِي التصرف بعد ذلك.

إذا ثبت هذا، فقد حصل هاهنا ثلاثة أقسام:

أحدها: يكون فيها هاهنا القولُ قولَ مدعي الرد - وهو الوكيل بلا جُعْلٍ والمودع - إذا ادعيا الرد.

والثاني: يكون فيها القولُ قولَ من يدعي عليه الرد - وهو المرتهن والمكتري والمستعير - إذا ادعوا الرد.

والثالث: مبنيٌّ علىٰ الوجهين اللذين ذكرناهما - وهو الوكيل بجُعْلٍ، والمضارب، والشريك، والأجير المشترك علىٰ القول الذي يجعل قبضه قبض أمانةٍ.

ففِي كل هذه وجهان؛ **أحدهما**: يكون القولُ قولَ من يدعي الرد، **والثاني**: يكون القولُ قولَ من يدعي عليه الرد.

وأما إذا اختلفا فِي التصرف، فادَّعىٰ الوكيلُ التصرفَ مثل أن يقول: «بعتَ المال الذي وكلتني فِي بيعه»، فيقول الموكل: «ما بعتُه بَعْدُ»، أو يصدِّقه فِي البيع ويكذبه فِي قبض الثمن، والوكيل يدعي القبض ففِي هذا قولان منصوصان:

أحدهما: أن القولَ قولُ الوكيل؛ لأنه يملك هذا العقد والقبض، فإذا ادَّعىٰ ذلك كان القولُ قولَه فيه، كما لو ادَّعىٰ الأبُ تزويجَ ابنته البكر، فأنكرت ذلك، كان القولُ قولَه فيه، سواء ادَّعىٰ تزويجها قبل بلوغها أو بعده.

والثاني: أن القولَ قولُ الموكل؛ لأن الوكيل إذا ادَّعىٰ قبض الثمن وأنكره الموكل فقد أقر الوكيل علىٰ مُوَكِّله بحق لأجنبي، فكان القولُ قولَ الموكل فِي ذلك.

ومعنىٰ قولنا: «إنه أقر علىٰ مُوَكِّله بحق لأجنبي»، هو أنه يدعي بالبيع أن الملك حصل للمشتري، وذلك إثباتُ حقٍّ له، ويدعي بالقبض براءة ذِمَّته عن الثمن، وذلك إثبات حق له.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ : والصحيح عندي الأول؛ لما ذكرنا من التعليل، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا ادَّعى الوصيُّ تسليمَ المال إلى اليتيم بعد بلوغه، وأنكر اليتيمُ ذلك، كان القولُ قولَه فيه، وعلىٰ الوصيِّ إقامة البينة علىٰ التسليم، بدليل قوله تعالىٰ: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦٠]، فلو كان الوصي يقبل قوله لما أمر بالإشهاد ولأطلق الدفع كما قال تعالىٰ فِي رد الوديعة: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ ولأن الوصي يدعي تسليم المال إلىٰ من لم يأتمنه عليه، فهو كما لو وَكَّل رجلٌ رجلًا فِي قضاء دينه عنه لغريمه فادَّعىٰ الوكيل علىٰ الغريم القضاء وأنكر الغريم ذلك كان القولُ قولَه فيه؛ لأنه يدعي التسليم إلىٰ من لم يأتمنه عليه، فكذلك هاهنا.

وتفارق دعوىٰ الإنفاق علىٰ اليتيم، حيث قبلنا قول الوصي فيه؛ لأنه يتعذر إقامة البينة عليه إذ كان يتكرر ويكثر، وليس كذلك رد الجميع؛ فإنه لا يتكرر ولا يتعذر إقامة البينة عليه.

إذا ثبت هذا، فكلُّ أمينٍ ادَّعىٰ ردَّ الأمانة علىٰ من لم يأتمنه وأنكر ذلك المدعي عليه كان القولُ قولَه فيه دون المدعي، وذلك مثل المودع يدعي رد الوديعة علىٰ ورثة المودع، والملتقط يدعي رد اللقطة علىٰ صاحبها أو وارثه، ومن هبت الريح بثوبٍ إلىٰ داره إذا ادَّعىٰ رده علىٰ صاحبه أو علىٰ وارثه، والأب أو الجد إذا ادَّعىٰ رد المال علىٰ الابن عند البلوغ لأنه لم يأتمنه، وكذلك الحاكمُ أو أمينُه إذا ادعيا ردَّ المال علىٰ اليتيم بعد بلوغه، وكذلك الشريكُ أو المضاربُ إذا ادَّعىٰ ردَّ المال علىٰ ورثة صاحب المال، وكذلك كلُّ من حصل فِي يده حيوانٌ لغيره من طائرٍ أو بهيمةٍ وغير ذلك، لأن جميع هؤلاء يدَّعون ردَّ المال علىٰ من لم يأتمنهم عليه فلم يُقبل قولهم فيه.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ : (فَإِنْ طَلَبَ مِنْهُ الثَّمَنَ فَمَنَعَهُ مِنْهُ، فَقَدْ ضَمِنَهُ، إِلَّا فِي حَالٍ لَا يُمْكِنُهُ فِيْهِ دَفْعُهُ، فَإِنْ أَمْكَنَهُ فَمَنَعَهُ، ثُمَّ جَاءَ بِهِ، لِيُوصِلَهُ، فَتَلِفَ، ضَمِنَهُ، وَلَوْ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ: «دَفَعْتُهُ إِلَيْكَ»، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا وَكَّل رجلٌ رجلًا فِي بيع مالٍ وسلَّمه إليه فباعه وقبض الثمن، ثم طالبه الموكل بتسليم الثمن الذي قبضه، أو طالبه برد المال قبل أن يبيعه؛ وجب عليه ردُّه، ولا يجبُ الردُّ علىٰ الوكيل إلا بعد مطالبة الموكل؛ فإن ردَّه فلا كلام.

وإن أَخَّر الرد فلا يخلو من أن يكونَ أَخَّره لعُذرٍ أو لغير عُذرٍ، فإن كان لعذرٍ مثل أن يكونَ الوكيل فِي الحمام أو مشغولًا بأكل الطعام أو خاف فَوْتَ الجماعة مع الإمام إن اشتغل بالرد، أو كان بالليل والمال فِي الدكان والدروب مغلقة - وما أشبه ذلك من الأعذار - فأخر الردَّ حتىٰ يزولَ العذرُ ثم يرد لم يَصِرْ ضامنًا بذلك؛ لأنه إنما يجبُ عليه الرد علىٰ حسب ما جرت به العادة، والرد فِي هذه الأحوال لم تجر به عادةٌ، فإذا أخره لم يَصِرْ ضامنًا؛ ولأن الأمانة لا تبطل إلا بالتفريط، ولا تفريط مع قيام العذر.

إذا ثبت هذا، فإن تلف المال قبل زوال العذر فلا ضمان عليه؛ لأنه يتلف بحكم الإمساك المتقدم، وإن تلف بعد زوال العذر وإمكان الردِّ لزمه الضمان؛ لأنه أَخَّر الردَّ بعد وجوبه عليه مع الإمكان.

فأما إذا لم يكن له عذرٌ مثل أن يكونَ فِي دكانه والمال معه فيه، وهو غير متلبسٍ بشغلٍ، فأخره إلىٰ وقتٍ آخر مثل أن يقول «أرده عليه غدًا» صار

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٩).

ضامنًا بذلك؛ لأنه متعدٍّ بتَرْك الرد مع الإمكان، فيكون حكمُه حكمَ الغاصب، ومتىٰ تلف المال بعد ذلك لزمه الضمان.

فإن ادَّعىٰ التلفَ بعد ذلك وذكر أنه كان تلف قبل مطالبته أو ادَّعىٰ الرد قبل أن يطالبه لم يقبل قوله فِي ذلك، لأنه صار خائنًا ضامنًا بتأخيره الرد مع الإمكان، وبطلت أمانته، فلم يقبل قوله فِي ذلك.

وأما إذا قال «كان هذا المالُ تلف قبل المطالبة» أو «رددتُه قبل المطالبة وأنا أقيم البينة علىٰ ذلك»، فهل تقبل بينته أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنها تُسمع منه؛ لأنه يقيمها علىٰ تلف مال، أو رده، أو صدَّقه عليه؛ لم يلزمه الضمان، فكذلك إذا قامت البينة عليه وجب أن لا يلزمه الضمان.

والثاني: أنها لا تُسمع بينته؛ لأنه كذبها بقوله للموكل: «أرده عليك وقتًا آخر»، لأن ذلك يقتضي سلامته وبقاءه فِي يده، وهذا هو الصحيح عندي؛ لأنه بقوله الثاني مكذبٌ لقوله الأول، ومكذبٌ لنفسه بقوله الأول فلم تُسمع بينته.

وأما إذا صدَّقه الموكلُ علىٰ تلفه فقد أقر ببراءته، فلا تجوز له مطالبته، وليس كذلك إذا أقام البينة؛ فإن صاحب المال لم يبرئه وهو مكذبٌ للبينة، فكأنه لم يقم البينة ولم يبرئه صاحب المال، فلزمه الضمان.

فرع

إذا كان لرجل قِبَلَ رجلٍ مالٌ فطالبه بتسليمه فقال «لا أسلِّمه إليك حتىٰ تشهد علىٰ نفسكَ بالتسليم»، فهل له ذلك أم لا؟ اختلف أصْحابُنا فيه، فقال أكثرهم: إن كان هذا المطالبُ بالتسليم يُقبل قولُه فِي التلف والرد مثل المودع والوكيل بلا جُعْلٍ لم يكن له ذلك، وكان عليه أن يرد بلا إشهادٍ،

ومتىٰ أخَّر الرد لزمه الضمان، لأنه لا حاجة به إلىٰ الشهادة، لأن أكثر ما يتوقعه منه أنه يدعي عليه المال، فإذا ادَّعىٰ هو الرد كان القولُ قولَه فيه مع يمينِهِ، فتسقط دعواه عن نفسه بقوله، وإذا لم تكن به حاجةٌ إلىٰ البينة لم يكن له الامتناع عن الرد.

وإن كان ممن لا يُقبل قوله فِي الردِّ كالوكيل بجُعْلٍ علىٰ أحد الوجهين، والمرتهن والمودع علىٰ ما تقدم بيانه، نُظِر:

فإن لم تكن عليه بينةٌ بتسليم ذلك المال إليه، لم يكن له أن يطالبه بالإشهاد، وكان عليه التسليم من غير بينةٍ؛ لأنه لا حاجة به إلىٰ البينة؛ لأن أكثر ما يتوقعه منه أن يدعيه عليه، فإذا ادعاه عليه كان له أن يقول «ليس لك عندي شيءٌ»، فيكون القولُ قولَه مع يمينِهِ، فيسقط دعواه بقوله.

وأما إذا كان عليه بينةٌ بالتسليم كان له أن يمتنع حتىٰ يشهد؛ لأن به حاجةً إلىٰ ذلك؛ لأنه إذا ادَّعىٰ عليه ذلك المال فأنكره، وقال «ما لك عندي شيءٌ» أقام عليه البينة، فإذا أقامها عليه لم يُقبل قولُه ولا يمينُه فِي الرد إن ادعاه.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: له أن يمتنع فِي هذه المسائل كلِّها من الردِّ حتىٰ يشهد علىٰ نفسه بالتسليم؛ لأن له غرضًا فِي ذلك وهو إسقاطُ اليمين عن نفسه، وخاصة فِي زماننا؛ لأن الأمناء والباعة يحفظون أنفسهم عن الأيمان حتىٰ لا يُعتقد فيهم الخيانة، وإذا كان له فِي ذلك غرضٌ صحيحٌ كان له الامتناع.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ : وهذا غير صحيح؛ لأن اليمين إذا كان صادقًا فيها فهي مأذونٌ له فيها، قال رسول الله ﷺ: «**ولا تحلفوا بالله إلا وأنتم صادقون**»[1]، ولا اعتبار بعادة العوام فِي ذلك.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٢٤٨)، والنسائي في الكبرىٰ (٤٧١٠)، من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ صَاحِبُهُ «قَدْ طَلَبْتُهُ مِنْكَ، فَمَنَعْتَنِي، فَأَنْتَ ضَامِنٌ»؛ فَهُوَ مُدَّعٍ أَنَّ الْأَمَانَةَ تَحَوَّلَتْ مَضْمُوْنَةً، فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، وَعَلَى الْمُنْكِرِ الْيَمِيْنُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا ادَّعىٰ علىٰ وكيله أنه طالبه بردِّ المال الذي فِي يده فامتنع من الردِّ مع الإمكان فهو ضامنٌ، وأنكر الوكيلُ ذلك وقال: «ما طالبتني برده فلا ضمان عليَّ» كان القولُ قولَ الوكيل مع يمينِهِ؛ لأنه أمينٌ ادُّعيت عليه الخيانة، والأصل: أنه علىٰ أمانته، فإذا حلف كان علىٰ أمانته، فإن كان المال قد تلف فلا ضمان عليه، وإن نكل ردت اليمين علىٰ الموكل فيحلف بالله لقد طالب فمنعه من غير عذرٍ، فإذا حلف لزمه الضمان، وكذلك إذا أقام عليه البينة بذلك لزمه الضمان أيضًا.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المُزَني رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ «وَكَّلْتُكَ بِبَيْعِ مَتَاعِي وَقَبَضْتَهُ مِنِّي»، فَأَنْكَرَ، ثُمَّ أَقَرَّ، أَوْ قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، ضَمِنَ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ بِالْجُحُوْدِ مِنَ الْأَمَانَةِ، فَلَوْ قَالَ «وَكَّلْتُكَ بِبَيْعِ مَتَاعِي، فَبِعْتَهُ»، فَقَالَ «مَا لَكَ عِنْدِيْ شَيْءٌ»، فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَقَالَ «صَدَقُوْا، وَقَدْ دَفَعْتُهُ إِلَيْهِ أَوْ ثَمَنُهُ»، فَهُوَ مُصَدَّقٌ لِلْبَيِّنَةِ؛ لِأَنَّ مَنْ دَفَعَ الشَّيْءَ إِلَى أَهْلِهِ، فَلَيْسَ هُوَ عِنْدَهُ، وَلَمْ يُكَذِّبْ نَفْسَهُ، فَهُوَ عَلَى أَصْلِ أَمَانَتِهِ وَتَصْدِيْقِهِ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا قال لرجلٍ «وكلتُك فِي بيع متاعي وسلمتُه إليك

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٩).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٩).

وقبضتَه مني»، فقال «ما أعطيتني شيئًا» كان القولُ قولَه مع يمينِهِ؛ لأن الأصل أنه ما أعطاه شيئًا، وعلىٰ المدعي إقامة البينة، فإن أقام عليه البينة بالتسليم إليه حكم عليه بذلك، فإن قال «صدقت البينة غير أن ذلك المال قد تلف» أو قال «رددته عليك» لم يُقبل منه ذلك؛ لأنه صار خائنًا بجحوده التسليم، والخائن إذا ادَّعىٰ تلف المال أو رده لم يقبل منه ذلك.

فإن قال «أنا أقيم البينة علىٰ التلف أو الرد قبل المخاصمة والجحود»؛ فهل تُسمع بينته أم لا؟ فيه وجهان علىٰ ما ذكرناه قبل هذه المسألة.

فأما إذا قال «ليس لك عندي شيءٌ» كان القولُ [فِي ذلك][1] قولَه مع يمينِهِ، وعلىٰ صاحِبِهِ البينة، فإن أقام عليه البينة بالتسليم إليه فقال «صدقت البينة، وقد تلف ذلك المالُ أو رددتُه» كان القولُ قولَه فِي ذلك؛ لأنه صادقٌ فِي إنكاره؛ لأن الأمانة إذا تلفتْ أو رُدَّت لم يبق للمؤتمن علىٰ الأمين[2] شيءٌ، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ أَمَرَ الْمُوَكِّلُ الْوَكِيْلَ أَنْ يَدْفَعَ مَالًا إِلَى رجلٍ، فَادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَهُ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ)[3].

وهذا كما قال.. إذا دفع إلىٰ وكيله مالًا وقال له «اقض به دين فلانٍ الذي علي» فادَّعىٰ الوكيلُ قضاءه، وأنكر صاحبُ الحقِّ ذلك كان القولُ قولَه فِي ذلك لمعنيين:

(١) ليس في (ص)، والمثبت من (ف).
(٢) في (ص): «اليمين» وهو تحريف، والمثبت عن (ف).
(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٠٩).

أحدهما: أن الموكل لو ادَّعىٰ عليه لم يُقبل قوله، فأولىٰ أن لا يُقبل قول الوكيل.

والثاني: أن الأمين يدعي ردَّ الأمانة علىٰ من لم يأتمنه، فلم يُقبل قوله، كالوصي إذا ادَّعىٰ تسليم المال إلىٰ اليتيم.

إذا ثبت هذا؛ فإن القولَ قولُ صاحب الحق، فإذا حلف أسقط دعوىٰ الوكيل، وكان له مطالبة الموكل بالمال.

وهل للموكل مطالبة الوكيل بالمال؟ ينظر؛ فإن قضاه بحضرته لم يكن له الرجوعُ به عليه؛ لأن المفرط فِي ذلك هو الموكل دون وكيله، وإن كان بغيبته كان له؛ لأنه مفرطٌ فِي ترك الإشهاد عليه بذلك، وسواء صدَّقه الموكل أو كذبه لأنه يقولُ مع التصديق «إنما أمرتُك بقضاء مبرئ، ولم تفعل ذلك؛ فعليك الضمان».

فأما إذا صدَّقه صاحبُ الحقِّ فِي القضاء ثبت القضاءُ وبرئ الموكلُ عن الدَّيْن، ولم يكن له مطالبةُ الوكيل بشيءٍ؛ لأنه أمره بإبراء ذِمَّته، وقد فعل ما أمره به.

فأما إذا كان ذلك فِي الإيداع فأمره أن يودع المال الذي أعطاه إياه رجلًا سماه له، فادَّعىٰ الوكيل تسليمه إليه، وأنكر المودع ذلك كان القولُ قولَه مع يمينِهِ، فإن حلف أسقط دعوىٰ الوكيل.

وهل يرجع الموكل علىٰ الوكيل أم لا؟ يُنظر؛ فإن كان سلمه إلىٰ المودع بحضرته لم يرجع عليه؛ لأنه غير مفرطٍ فيه، وإن كان بغيبة الموكل فهل يكون مفرطًا فِي ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يكون مفرطًا؛ لأنه لا فائدة للإشهاد؛ لأن أكثر ما فيه أن يثبت الإيداع بالشهادة، فإذا ثبت بها كان للمودع أن يدعي التلفَ أو الردَّ، وإذا

ادَّعىٰ ذلك كان القولُ قولَه فيه، فإذا لم يكن فِي الإشهاد فائدةٌ لم يكن بتركه مفرطًا.

والثاني: أن الوكيل يكون مفرطًا فِي تَرْك الإشهاد؛ لأنه أقره بإثبات الإيداع كما أمره بإثبات القضاء فِي المسألة الأولىٰ، فإذا لم يشهد فقد ترك ما أمره به.

إذا ثبت هذا؛ فإن قلنا إنه يكون مفرطًا فِي ذلك رجع به عليه كما قلنا فِي القضاء، وإن قلنا لا يكون مفرطًا لم يرجع به عليه.

فأما إذا صدَّقه المودع علىٰ ذلك، نُظِر، فإن كانت الوديعة باقيةً كان الموكل بالخيار بين أن يتركها فِي يده وبين أن يسترجعها، وإن كانت تالفةً فلا ضمان علىٰ المودع.

وأما الوكيلُ، فإن كان سلَّمها إليه بحضرته أو فِي غيبته وأشهد عليه أو لم يشهد - وقلنا لا يلزمه الإشهاد - لم يرجع الموكلُ عليه بشيءٍ، وإن قلنا يلزمُه ذلك رجع عليه بقيمة المال التالف.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المُزني رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ جَعَلَ لِلْوَكِيْلِ فِيْمَا وَكَّله جُعْلًا فَقَالَ لِلْمُوَكِّلُ «جُعْلِي قِبَلَكَ وَقَدْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ مَالَكَ» فَقَالَ «بَلْ خُنْتَنِي» فَالْجُعْلُ مَضْمُوْنٌ لَا تُبْرِئُهُ منه دَعْوَاهُ الْخِيَانَةَ عَلَيْهِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا وَكَّله بجعلٍ فادَّعىٰ الموكل عليه خيانة لم تُسمع منه دعوىٰ الخيانة حتىٰ يعينها فيقولً «خنتني بعشرة دراهم» مثلًا، فإذا صير دعواه مقدرةً سُمِعَتْ، فإن أنكر الوكيل ذلك كان القولُ قولَه مع يمينِهِ، فإذا

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٠).

حلف أسقط الدعوىٰ وطالبه بالجُعْل، وإن نَكَلَ حَلَفَ الموكل، فإذا حَلَفَ ثبتت دعواه ولزمه له قدر الخيانة، ولزم الموكل للوكيل قدْرُ الجُعْل، فإن كانا من جنسٍ واحدٍ وتساويا فِي القدر تقاصا، وإن اختلفا فِي القدر تقاصا فِي مقدار ما يتساويان فيه، ويرجع صاحب الفضل علىٰ صاحبه بالفضل، وإن كانا جنسين لم يتقاصا، ورجع كل واحِدٍ منهما علىٰ صاحبه بحقه.

إذا ثبت هذا؛ فإذا وَكَّله فِي البيع وشَرَطَ له جُعْلًا فباع الوكيل كان له أن يطالب الموكل بالجُعْل قبل تسليم الثمن إليه.

وجملة ذلك: أن العمل الذي يستحق به العوض علىٰ ضربين؛ ضربٌ يقف استحقاق تسليم الأجرة علىٰ تسليمه، وضربٌ لا يقف علىٰ تسليمه.

فأما الذي يقف علىٰ تسليمه فمثل الثوب ينسجه الحائك، أو يخيطه الخياط، أو يصبغه الصباغ، أو يقصره القصار، وما أشبه ذلك، فليس له أن يطالب صاحب الثوب بالأجرة حتىٰ يسلم الثوب إليه، لأنه عملٌ يمكن تسليمه، فوقف استحقاق الأجرة عليه، إلا أن يكونَ الصانع فِي ملك صاحب الثوب فيكون له المطالبة بالأجرة قبل تسليم الثوب إليه؛ لأنه إذا كان فِي ملكه فكلما فرغ من جزءٍ من العمل يصير ذلك مسلمًا إلىٰ صاحبه.

وإذا لم يكن الصانع فِي ملك صاحب الثوب فتلف الثوب فِي يده فإن قلنا إن يده يد أمانة لم يستحق الأجرة، ولم يجب عليه الضمان، سواء تلف قبل العمل أو بعده، وإن قلنا إن يده يد ضمانٍ فإن كان بعد العمل قوم عليه معمولًا، فإذا غرم القيمة استحق الأجرة، وإن كان قبل العمل قوم عليه غير معمولٍ، ولم يستحق شيئًا من الأجرة؛ لأنه لم يعمل شيئًا.

وأما الذي لا يقف استحقاق الأجرة علىٰ تسليمه فهو مثل أن يُوَكِّله فِي البيع، ويجعل له أجرة، فإذا باع طالبه بالجُعْل قبل تسليم الثمن إليه؛ لأنه

استحقه بالبيع، والبيع تصرفٌ مجردٌ، فلا يمكن تسليمه، وما لا يمكنُ تسليمُه لا يقفُ استحقاق الأجرة عليه.

وكذلك إذا استأجر راعيًا يرعىٰ بهائمه فرعاها المدة المعلومة كان له مطالبتُه بالأجرة قبل التسليم؛ لأن الرعي عملٌ مجردٌ فلا يمكنُ تسليمُه، فلم يقف استحقاق الأجرة عليه، فأما إذا قال له «وكلتُك فِي بيع هذا المال فإن بعته وسلمتَ إليَّ الثمن فلك درهمٌ» لم يستحق الدرهم حتىٰ يبيع ويسلم الثمن؛ لأنه جعل البيع والتسليم شرطين فِي استحقاق الدرهم، والثمن يمكن تسليمه، فوقف استحقاق الأجرة عليه، ويفارق هذا إذا لم يشترط تسليم الثمن إليه؛ لأن الاستحقاق يكون بالبيع، وقد حصل؛ فكان له المطالبة بالجعل قبل تسليم الثمن.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ دَفعَ إِلَيْهِ مَالًا يَشْتَرِي لَهُ بِهِ طَعَامًا، فَتَسَلَّفهُ، ثُمَّ اشْتَرَى لَهُ بِهِ طَعَامًا، فهو ضَامِنٌ لِلْمَالِ، وَالطَّعَامُ لَهُ؛ لأَنَّهُ خَرَجَ مِنْ وَكَالَتِهِ بالتَّعَدِّي فَاشْتَرَى بِغَيْرِ أُجْرَةٍ[١])[٢].

وهذا كما قال.. إذا أعطىٰ وكيلَه عشرة دراهم مثلًا، وأمره أن يشتري له بها طعامًا، فصرف الوكيلُ تلك الدراهم فِي حاجته، وهذا معنىٰ قوله «وتسلفه»، لأنه إذا أنفقها فِي حاجته صارت قرضًا له عليه؛ فإن الوكالة تبطل؛ لأنه أذن له فِي التصرف بشيءٍ معينٍ وقد تلف بصرفِهِ إياه فِي حاجته، فتعذر التصرُّف للموكل فيما أمره به بعينه، فهو كما لو وَكَّله فِي بيع عبدٍ

(١) في المختصر: «واشترىٰ بغير ما أمره به»، وكذلك في الحاوي (٦/ ٥٣١)، وبحر المذهب (٦/ ٥٣).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٠).

فمات العبد قبل أن يبيع، بطلت وكالتُه، فكذلك هذا.

وأما إذا أذن له فِي شراء الطعام مطلقًا ولم يعين الشراء بالدراهم فإن وكالته تبطل أيضًا؛ لأن إطلاق ذلك يقتضي أن يشتري الطعام فِي الذمة وينقد فيه تلك الدراهم، فإذا صرفها فِي حاجته فقد تعذر عليه أن ينقدها فِي الطعام فبطلت وكالته.

قال أبو إسحاق المروزي: وكذلك الحكمُ لو سرقت الدراهم منه. والتعليل ما ذكرناه.

إذا ثبت هذا؛ فإن عزل من ماله مثل تلك الدراهم واشترىٰ لموكله بها طعامًا وقع الشراء له دون موكله؛ لأنه إن كان اشترىٰ الطعام بعينها فهو يريد أن يحصل الملك فِي الثمن للموكل بثمنٍ ليس له، وذلك لا يجوزُ؛ لأن المثمن إنما يحصل ملكه بالبيع لمن يكون له الثمن، ولا يجوزُ أن يحصل ملك المثمن لرجلٍ والثمن كان لغيره.

وفيه معنًىٰ آخر، وهو أنه إنما أمره أن يشتري له الطعام بدراهم بعينها أو فِي الذمة وينقدها فيه، وهذا خلاف ذلك، فهو تصرفٌ للموكل لم يأذن له فيه؛ فلهذا قلنا إنه يقع له دونه، وإن كان قد اشتراه لموكله فِي الذمة لم يقع له أيضًا؛ لأنه خلاف التصرف الذي أذن فيه موكله، والوكيل إذا تصرف تصرفا لم يأذن له فيه مُوَكِّله كان ذلك له دونه، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا وَكَّله فِي التصرفِ فِي المالِ وسلَّمه إليه فتعدى الوكيلُ فيه، مثل أن يكونَ أعطاه ثوبًا وأذن له فِي بيعه فلبسه فقد صار متعديًا بذلك، وبطلت الأمانة، ويصير ضامنًا للمال كالمودع إذا تعدىٰ فِي الوديعة؛ فإنه يصير ضامنًا لها.

إذا ثبت أن الأمانة قد بطلت فهل يصحُّ تصرفه بعد ذلك فِي المال أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأن التوكيلَ ائتمانٌ، فإذا تعدىٰ بطل ذلك الائتمان، كما لو تعدىٰ المودع.

والثاني: أنه لا يبطل التصرف، ويكون الإذنُ فيه باقيًا؛ لأن التوكيل يشتمل علىٰ أمرين، تصرف، وأمانة.

فإذا تعدىٰ بطل أحدهما وبقي الآخر، كالرهن يشتمل علىٰ الأمانة والوثيقة، فإذا تعدىٰ المرتهن فِي الرهن بطلت الأمانة وبقيت الوثيقة، فكان له بعد تعديه أن يتمسك بالرهن متوثقًا به، ويفارق الوديعة لأنها أمانةٌ مجردة، فإذا بطلت لم يبق شيءٌ آخر.

إذا تقرر هذان الوجهان؛ فإن قلنا يبطل التصرُّفُ أيضًا لم يكن له أن يتصرف فِي ذلك المال، وإن قلنا لا يبطل كان له التصرُّفُ فيه، فإن باعه وسلَّمه إلىٰ المشتري زال عنه الضمان؛ لأنه سلَّم المال الذي تعدَّىٰ فيه إلىٰ صاحبه، فهو كما لو ردَّه إلىٰ الموكل قبل التصرف.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: وعندي أنه إذا باعه فبنفس البيع يزولُ عنه الضمان؛ لأن الملك صار لغير الموكل، وما وجد من الوكيل تعدٍّ فِي جنبته، فإن تسلم الثمن من المشتري حصل فِي يده أمانةً؛ لأنه أخذه بإذن صاحبه، ولم يوجد منه تعد فيه، ويفارق المبيع الذي كان فِي يده؛ لأنه كان تعدىٰ فيه.

• فَصْلٌ •

ذكر الشافعي[1] أنه إذا وَكَّله فِي بيع مالٍ له، وأمره أن يبيعه له فِي سوقٍ

---

(١) الأم (٣/ ٢٥٣).

بعينها، فخالفه، وباعه فِي غيرها بثمنٍ مثله أو[١] **أكثر، جاز**؛ لأن المقصود تحصيل الثمن، ولا غرض فِي تعيين الموضع، وإن أمره ببيعه من زيدٍ فباعه من غيره لم يصحَّ البيع؛ لأن له غرضًا فِي تعيين المشتري لتحصل المسامحة له فِي الثمن إن كان قد سمىٰ للوكيل مقدارًا دون ثمن المثل، وإن كان أطلق ذلك فقد قصد أن تحصل تلك العين المبيعة للمسمىٰ تخصيصًا له بها وقضاءً لحقه؛ وبهذا فارق تعيين السوق؛ فإنه لا غرض له فيها.

• فَصْلٌ •

إذا وَكَّله فِي الشراء بعين المال، فاشترى الوكيل فِي الذمة، لم يصحَّ ذلك؛ لأن له غرضًا فِي الشراء بعين المال وهو أن لا يلزمه البيع مع تلف الثمن؛ لأن الثمن إذا كان معينًا بطل البيع بتلفه قبل تسليمه، وإن كان غير معينٍ لم يبطل البيع بتلف الثمن.

وإن أمره أن يشتري فِي الذمة له فاشترىٰ له بعين المال؛ ففيه وجهان، **أحدهما**: أنه لا يصحُّ؛ لأن له غرضًا فِي أن يكونَ الثمن فِي الذمة؛ حتىٰ لا يبطل البيع بتلف الثمن، **والثاني**: أنه يصحُّ؛ لأنه زاده خيرًا؛ لأنه عقدٌ لا يلزمه فِي جميع الأحوال.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ وَلَا لِلْوَصِيِّ أَنْ يَشْتَرِيَ من نفسه)[٢].

وهذا كما قال.. وجملته: أن من يبيعُ مالَ غيره ستةُ أنفسٍ، الأب، والجد، ووصيُّهما، والحاكم، وأمين الحاكم، والوكيل، فلا يصحُّ لأحدٍ منهم أن يبيع

---

(١) في (ص، ف): «و».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٠).

المال الذي فِي يده من نفسه، إلا لاثنين الأب والجد، وبه قال مالكٌ، وقال الأوزاعي يجوز ذلك للجميع، وقال زفر لا يجوزُ لأحد منهم أن يبيع من نفسه شيئًا، وقال أبو حنيفة: يجوز للأب والجد والوصي[١].

فأما الأوزاعي، فاحتج بأن كلَّ مَن جاز له أن يبيع المال من غيره جاز له أن يبيعه من نفسه، كالأب والجد، قال: ولأن المقصودَ تحصيلُ الثمن، فإذا اشتراه بثمن المثل فقد حصل المقصود، فينبغي أن يجوز ذلك كما قال الشافعي فِي الرجل يأمر وكيلَه بالبيع فِي موضعٍ بعينه فيبيعه فِي غيره بثمن مثله أنه يصحُّ لهذه العلة، فكذلك هاهنا.

ودليلُنا: ما روي أن رجلًا أوصىٰ إلىٰ رجلٍ فِي بيع فرسٍ له، فاشتراه الوصيُّ لنفسه؛ فاستفتىٰ عبد الله بن مسعودٍ فقال: ليس لك ذلك[٢] ولا يعرف له مخالفٌ.

ومن جهة المعنىٰ: أن الوكيل قائمٌ مقام الموكل، والموكلُ نفسه لا يجوزُ له أن يبيع هذا المال من نفسه، فكذلك وكيله، ولأن الوكيل متهمٌ فِي ذلك البيع؛ لأنه ربما استرخص لنفسه، وليس له علىٰ الموكل شفقةٌ تمنعه من ذلك، وقد قيل: يتضاد فيه الغرضان؛ لأنه من حيث إنه وكيلٌ فِي البيع يحتاج أن يستقصي فِي الثمن ويغلي المبيع، ومن حيث إنه مُشْتَرٍ لنفسه يحتاج أن يسترخص ويقرب فِي الثمن، وإذا تضاد الغرضان فيه وجب أن لا يجوزَ.

وأما الجوابُ عن قياسه على الأب والجد، فهو أن المعنىٰ فيهما أن لهما من الشفقة علىٰ الابن ما يحملهما علىٰ إيثار حظه علىٰ حظهما؛ لأن الله تعالىٰ جَبَلَ الآباء علىٰ الشفقة علىٰ الأبناء، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأنه

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٥٣٦)، وبحر المذهب (٦/ ٥٦)، والبيان (٦/ ٤١٩).

(٢) أخرجه البيهقي (١١٣٠٧) بنحوه.

ليس للوكيل من الشفقة علىٰ الموكل ما يحثه علىٰ الاستقصاء له وإيثار حظه علىٰ حظ نفسه.

وأما الجوابُ عن الدليل الثاني، فهو أن نقول إنما جاز ذلك، لأنه لا فائدة فِي تعيين المحل، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ فإن الغرضين يتضادان فيه علىٰ ما بيناه؛ فلهذا لم يَجُزْ.

وأما زُفَرٌ، فاحتج بأن الأب والجد يبيعان هذا المال لغيرهما من أنفسهما، فلم يَجُزْ ذلك كالوكيل.

وأيضًا، فإن علىٰ مذهبِ الشافعي أن البيع لا يلزم إلا بالتفرق، وإذا كان البائع هو المشتري أدىٰ ذلك إلىٰ أن يكونَ البيع لازمًا فِي جميع الأحوال؛ لأن التفرق لا يتصور فيه.

ودليلُنا أنه بعقد ولاية استفادها بنفسه، فله أن يتولىٰ طرفيه، أصله: تزويج ابن ابنه.

فإن قيل: حقوقُ النكاح لا تتعلقُ بالمتعاقدين، وإنما تتعلقُ بالمعقود له والمعقود عليه.

فالجوابُ: أن فِي البيع كذلك، مع أن الجد يجب عليه التسليم والمطالبة بالمهر، فلا فرق بين النكاح وبين البيع.

فأما الجوابُ عن قياسه على الوكيل، فهو أن الوكيلَ يستفيدُ الوكالة بتولية غيره، والأب والجد يستفيدان الولاية بأنفسهما.

وأيضًا، فإن لهما من الشفقة والحنو ما لا يلحقهما معه التهمة، والوكيل بخلاف ذلك فإنه متهمٌ حسب ما بيناه.

وأما الجوابُ عن قوله إن البيع لا يلزم إلا بالتفرق، فهو أن البيع عندنا يلزم

بأحد أمرين؛ إما بالتخيير[(١)]، أو بالتفرق.

فإن كان التفرقُ لا يُتصور فِي هذا البيع فإن التخيير يُتصور فيه، فيقول الأب بعد البيع من نفسه: «اخترتُ إمضاء البيع» فيكون ذلك قطعًا للخيار، علىٰ أن أصحابنا قالوا: التفرق فِي هذا البيع أن يفارق الأبُ ذلك المجلس الذي عقد فيه عقد البيع، فتكون مفارقته إياه بمنزلة افتراق المتبايعين.

وأما أبو حنيفة، فاحتج من نصره بقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ﴾ [الأنعام:١٥٢]، فإذا باعه من نفسه بزيادةٍ ظاهرةٍ، مثل أن يكونَ الشيءُ يساوي عشرة فيشتريه الوصيُّ بخمسة عشر؛ فقد قرب مال اليتيم بالتي هي أحسن، وعند أبي حنيفة: أنه إذا باعه من نفسه بزيادةٍ غير ظاهرةٍ، مثل أن يشتريه بزيادة درهم لم يصحَّ.

ودليلُنا: أنه يبيع مال غيره بالإذن، فلم يَجُزْ أن يبيعه من مال نفسه، الدليلُ عليه الوكيلُ، ولا يدخُلُ عليه الأبُ والجدُّ؛ لأنهما يبيعان المال بولايتهما التي ثبتت لهما بأنفسهما من غير إذن، ولا بولايةٍ، لأنه لو جاز أن يبيعه من نفسه بزيادةٍ ظاهرةٍ لجاز أن يبيعه بثمن المثل وبزيادةٍ غير ظاهرةٍ كالأب والجد.

فأما الجوابُ عن الآية، فهو أن نقول: ليس ذلك القدر بالأحسن؛ لأن الأحسن أن يبيعه بأكثر منه.

فإن قال: هو أحسن من الذي دونه.

قيل: فثمنُ المثلِ أحسنُ مما دونه، ولا يدخُلُ فِي هذه الآية، ولا يجوزُ ذلك للوصي، وعلىٰ أن قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ﴾ [الإسراء: ٣٤] معناه:

---

(١) في (ص): «بالتخير».

الحَسَنُ، يدلُّ علىٰ أن المأمور به فِي اليتامىٰ هو الحَسَنُ دون الأحسن، وقد بينه الله تعالىٰ فِي مواضع فقال فِي البقرة: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ [البقرة:٢٢٠] وقال فِي النساء: ﴿وَأَن تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ﴾ [النساء: ١٢٧] وقال: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦] فإذا كان المأمور به هو الإصلاح والقسط والمعروف بطل ما قاله أبو حنيفة، والله أعلم.

فرع

لا يجوزُ للوكيل أن يشتري مال الموكل من نفسه لابنه الصغير؛ لأنه يكونُ فِي ذلك البيع قابلًا موجبًا تلحقه التهمة فيه ويتضاد الغرضان، وكذلك لا يجوزُ له أن يبيعه من عبده المأذون له فِي التجارة؛ لأنه وإن كان القابل غيره فالملك يقع له، فتلحقه التهمة فيه، ويتضاد الغرضان.

فأما إذا باعه من ابنه الكبير أو ولده فهل يجوز ذلك أم لا؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: يجوز؛ لأن الملكَ يقعُ لغيره، والقابلُ غيره، فهو كما لو باعه من أجنبي، **والثاني**: لا يجوزُ، قاله أبو إسحاق؛ لأنه متهمٌ فِي حق ابنه وولده لما له من الشفقة عليه والاحتياط له، وإذا مُنِع من بيعه من نفسه للتهمة وجب أن يمنع من بيعه من والده وولده لوجود التهمة، ألا ترىٰ أنه لما منع من الشهادة لنفسه للتهمة منع من الشهادة لوالده وولده؛ لأن الغرضين يتضادان فيه، ولأنه بعضٌ منه، بدليل أنه يعتق عليه إذا ملكه كما يعتق عليه نفسه، فبيعه منه كبيعه من نفسه.

وأما إذا باعه من مكاتبه فهل يجوز ذلك أم لا؟ فيه وجهان؛ علىٰ قول أبي إسحاق لا يجوزُ؛ لأن التهمة موجودةٌ؛ فإن حقَّ المولىٰ يتعلق بكسبه، وعلىٰ قول غيره يجوز؛ لأنه لا يعتبر التهمة، وإنما يعتبر إيجاب الملك لغيره.

فرع

إذا أذن الموكلُ لوكيله فِي بيع ماله من نفسه فقال له: «بِعْهُ من نفسك»، فهل يجوز ذلك أم لا؟ علىٰ قول أبي إسحاق يجوز؛ لأنه لا تهمة عليه مع الإذن، وعلىٰ قول غيره لا يجوزُ؛ لأنه يتولىٰ طرفي العقد فيما يعقد بالإذن، ويدلُّ علىٰ هذا أنه لا يجوزُ أن يزوج بنت عمه من نفسه، ويتولىٰ طرفي العقد بإذنها.

فرع

إذا وَكَّل المتداعيان رجلًا فِي الخصومة ليخاصِمَ عنهما معًا، فهل يجوز ذلك أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه يمكنه استيفاء الحجج فِي الجنبين معًا، فيدعي لأحدهما علىٰ الآخر وينكر عن الآخر، فإن كانت للمدعي منهما بينةٌ أحضرها، فإذا سمعها الحاكم قال له: «هل لمُوَكِّلك قدحٌ فيها؟» فيجيب بما عنده، وإن لم تكن بينة توجهت اليمين علىٰ مُوَكِّله المدعىٰ عليه، فيُحْضِرُه الحاكم حتىٰ يحلف، وإذا أمكن استيفاء المقصود فِي مخاصمتهما جاز أن يتولىٰ ذلك عنهما رجلٌ واحدٌ.

والثاني: لا يجوزُ؛ لأنه لا بد فِي إيراد الحجج فِي[1] المخاصمة من الاستقصاء والمبالغة، وذلك يتضاد الغرضان فيه، فصار فِي معنىٰ البيع من نفسه.

فرع

إذا وَكَّل رجلًا فِي بيع مالٍ له، ووكَّله آخر فِي شراء ذلك المال بعينه؛

---

(١) في (ص): «من».

فهل يصحُّ أن يتولىٰ البيعَ والشراءَ بنفسه أم لا؟ فيه وجهان بناءً علىٰ ما ذكرناه.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَنْ بَاعَ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ فَبَيْعُهُ مَرْدُودٌ؛ لأَنَّ ذَلِكَ تَلَفٌ عَلَى صَاحِبِهِ، فَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَمَعْنَاهُ)[1].

وهذا كما قال.. إذا وَكَّل رجلٌ رجلًا فِي البيع لم يخل ذلك من أحد أمرين؛ إما أن يطلق الوكالة فيه، أو يقيدها.

فإن قيدها فقال له: «بع حالًّا»، أو قال: «بع مُؤجَّلًا»، أو قال: «بع بنقد البلد»، أو قال: «بغيره»، وما أشبه ذلك من الطرائق، فعلىٰ الوكيل أن يتصرف له فِي ذلك البيع علىٰ حسب ما أذن له فيه[2]، وإذا خالفه لم يجز البيع، إلا أن يكونَ له الخيرةُ فِي المخالفة، كما لو أذن له فِي البيع بمائةٍ فباعه بأكثر[3].

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: إن أذن له فِي البيع مُؤجَّلًا فباع حالًّا بثمنٍ حالٍّ: نُظِرَ؛ فإن كان ذلك المال الذي باع به مما لا ضرر علىٰ الموكل فِي إمساكه مثل الدراهم والدنانير لزمه البيع، وإن كان المال عليه ضررٌ فِي إمساكه كالطعام وغيره لم يلزمه البيع حالًّا.

والفرقُ بين المالين أن هاهنا له غرضٌ فِي التأجيل إذا كان ذلك المال مما عليه فِي إمساكه ضررٌ والمال الذي هو غير خافٍ[4] لا ضرر فِي إمساكه، ولا فائدة فِي تأخيره، فإذا باع به حالًّا فقد زاده خيرًا، فلذلك لزمه.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٠).

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) الحاوي الكبير (٦/ ٥٣٨)، وبحر المذهب (٦/ ٥٩).

(٤) في (ص): «مخاف» وهو تصحيف.

هذا كله إذا قيد الوكالة إما بالتأجيل أو بالتعجيل، فأما إذا أطلق فإن إطلاقها يقتضي أن يبيع بنقد ذلك البلد بثمن المثل حالًّا، فإن خالف ذلك كان البيع باطلًا، وبه قال مالكٌ.

وقال أبو حنيفة: لا يقتضي الإطلاقُ الحلولَ، ولا نقدُ البلد ولا عوضُ المثل، وإذا باعه بخلاف ذلك يصحُّ، حتىٰ قال: لو أن السلعة تساوي ألوفًا فباعها بدانقٍ[1] صح البيع.

والكلامُ فِي هذه المسألة فِي فصلين؛ أحدهما: فِي أن الإطلاق يقتضي عوض المثل، والثاني: فِي أنه يقتضي الحلول دون التأجيل.

فأما الفصلُ الأولُ، وهو أن الإطلاق يقتضي عوض المثل، فقد احتج فيه بثلاثة أشياء: أحدها: أن قول الموكل «بع هذه السلعة» لفظةٌ مطلقةٌ تتناول البيع بعوض المثل وبدونه وبأكثر منه، فينبغي أن يكونَ ممتثلًا له إذا باعها بأي ثمنٍ كان، كما نقول فِي أوامر صاحب الشرع إنها تُحمل علىٰ العموم فِي جميع ما يقتضيها لفظه.

والثاني: أنه إذا حلف بالله ليبيعه، فباعه بثمن المثل أو بأقلَّ بَرَّ فِي يمينِهِ، فدل علىٰ أن اللفظ عام، فينبغي إذا باعه الوكيل بذلك أن يجوز البيع.

والثالث: أن الوكيل قائمٌ مقام الموكل فِي ذلك التصرف، وللموكل أن يبيع بأي ثمن شاء، فكذلك الوكيل.

ودليلُنا: أنه توكيلٌ بعقد معاوضةٍ، فوجب أن يقتضي إطلاقه عوض المثل، أصله: التوكيل فِي الشراء؛ فإنه إذا وَكَّله فِي أن يشتري له سلعةً فاشتراها بأكثر من ثمن المثل لم يلزم الموكل.

فإن قيل: أجمعنا علىٰ الفرقِ بين البيع والشراء؛ لأنكم قلتم إنه إذا كان

---

(١) الدانق: سدس الدرهم.

وكيلًا فِي الشراء فاشترىٰ بأكثر من ثمن المثل فالشراء صحيحٌ، وهو لازمٌ للوكيل، وإذا باع بدون ثمن المثل كان البيع باطلًا؛ فافترقا، فأما علىٰ قول أبي حنيفة فإن البيع يصحُّ إذا كان بدون ثمن المثل، وهو لازمٌ للموكل، وإذا كان الشراء بأكثر من ثمن المثل لم يصحَّ فِي حق الموكل، ولزم فِي حق الوكيل، فإذا أجمعنا علىٰ الفرقِ بينهما علىٰ المذهبين لم يَجُزْ قياس أحدهما علىٰ الآخر؟

فالجوابُ: أن قياس أحدهما علىٰ الآخر فِي جَنَبَة الموكل صحيحٌ؛ لأنه باع ماله بدون عوض مثله، واشترىٰ له بأكثر من عوض المثل، فلم يصحَّ العقدان فِي حقه، وإنما صح الشراء فِي حق الوكيل؛ لأن له أن يشتري مال غيره بما شاء من الثمن، وليس له أن يبيع مال غيره بدون عوض مثله، ولأن التوكيل معنًىٰ لا يملك به الشراء إلا بعوض المثل، فوجب أن لا يملك به البيع إلا بعوض المثل، كولاية الأب والوصيِّ.

فإن قيل: المعنىٰ فِي ولايتهما أنها مبنيةٌ علىٰ الاحتياط وطلب الحظ للمولىٰ عليه؛ فلهذا لم يَجُزْ إلا بعوض المثل، وليس كذلك التوكيل؛ فإنه يثبت بلفظ الموكل، ولم يُبْنَ علىٰ الاحتياط للموكل؛ فراعينا فيه إطلاق اللفظ، وقد بيَّنا أن إطلاقه يقتضي الجواز بدون عوض المثل.

فالجوابُ عنه من وجهين:

أحدهما أن المعاوضة تبطل بالشراء، فإن التوكيل فيه مطلق باللفظ، ومع هذا فإنه لا يجوزُ إلا بعوض المثل.

والثاني: أن هذا بالعكس أولىٰ؛ لأن تصرف الأب والوصيِّ آكدُ من تصرف الوليِّ والوكيل[1]، فلهذا يجوز للأب أن يبيع مال الابنِ من نفسه،

---

(١) في (ص، ف): «الولي الوكيل».

باتفاقنا[١] جميعًا، وللوصيِّ أن يبيع مال اليتيم من نفسه علىٰ قولكم، وليس للوكيل ذلك، فإذا لم يَجُزْ لهما البيعُ بدون عوض المثل مع تأكد حالهما، فالوكيلُ أولىٰ بذلك.

ومن جهة الاستدلال: أن المحاباة فِي البيع بمنزلة الهبة، ولهذا تعتبر محاباةُ المريض فِي البيع من الثلث كما تُعتبر هبته منه، ثم ثبت أن الوكيل لا يملك هبة جزءٍ من المال، وكذلك وجب أن لا يملك المحاباة فِي شيءٍ منه.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم على أوامر صاحِبِ الشَّرْعَ ﷺ بعلة أن اللفظ مطلقٌ فيها، فهو أن نقول: هذا يُنتقض عليكم بالشراء؛ فإن اللفظ فيه مطلقٌ، ولا يُحمل علىٰ إطلاقه، وتبطل علتُكم به إذا باع من نفسه ومن ابنه الصغير، وإذا باع من عبده المأذون له فِي التجارة، وإذا باع بثمنٍ معيبٍ؛ فإن إطلاق اللفظ يتناوله ولا يصحُّ من الوكيل فعله، وتبطل علتُكم به إذا أذن له فِي شراء طعامٍ بعشرة دراهم فاشترىٰ بها خبزًا فإن عندكم لا يصحُّ، واللفظ يتناوله؛ لأن الخبز يسمىٰ طعامًا.

فإن قيل: العادة تمنع من ذلك؛ لأنها ما جرتْ عادةٌ بأن يشترىٰ الخبز بعشرة دراهم.

فالجوابُ: أن العادة جرتْ بذلك فِي حقِّ من له عيالٌ وخدمٌ، فإنه يشتري فِي كل يوم خبزًا بأكثر من عشرة دراهم، وكذلك يشتري الخبزَ أبدًا للصدقات بدراهم ودنانير، ثم يقال لهم: وكذلك ما جرت العادة ببيع مالٍ يساوي ألوفًا بدرهم فما دونه، فبطل السؤال، ثم نقول لهم: إن أوامر الله تُحمل علىٰ إطلاقها حتىٰ يعترضها الدليل، ولهذا نقول: لو أمر بالبيع لجاز لكُلِّ أحدٍ أن يبيع من نفسه وولده الصغير ومن عبده المأذون له فِي التجارة،

---

(١) في (ص، ف): «فاتفاقنا»!

وكذلك لو أمر بالشراء لجاز بعوضِ المثل وأكثر، وليس كذلك أوامر الآدميين فِي العقود؛ فإنها تقتضي ما جرتْ به العادة من المقاصد بها وتَطَلُّبِ الأغراض فيها، فلهذا اقتضىٰ إطلاقها صفةً دون صفةٍ.

وأما الجوابُ عن استدلالهم باليمين، فهو ما ذكرنا من النقوض والفروق.

وأما قولهم إن الوكيل قائمٌ مقام الموكل، فالجوابُ عنه: أنه منتقضٌ بالشراء؛ لأن للموكل أن يشتري بأيِّ ثمنٍ شاء، وليس للوكيل ذلك فِي حقِّ الموكلِ.

• فَصْلٌ •

وأما الفصل الثاني، فهو أن إطلاق التوكيل فِي البيع يقتضي أن يكونَ حالًّا، وقال أبو حنيفة: يجوز حالًّا ومُؤجَّلًا.

واحتج بما ذكرنا من إطلاق اللفظ الذي احتج به فِي المسألة الأولىٰ، **قالوا**: ولأن الأجل مدة تثبت بالشرط فجاز أن يملكها الوكيل بمطلق عقد الوكالة، أصله: خيار الثلاث.

ودليلُنا: أنَّا أجمعنا علىٰ أنه إذا قال «بعتُك هذه السلعة بكذا» اقتضىٰ ذلك البيع حالًّا، بدليل أن المشتري لا يقبل هذا الإيجاب إلا حالًّا، ولو قبله مُؤجَّلًا لم يصحَّ، كما لو قال «بعتُكه بثمنٍ حالٍّ»، **فإذا ثبت هذا**، فكذلك إذا قال لوكيله: «بِعْه»، ينبغي أن يقتضي ذلك البيع المُعَجَّل.

فإن قيل: الفرقُ بينهما أنَّا لو حملنا قوله «بعتُك علىٰ التعجيل والتأجيل معًا» أدىٰ إلىٰ بطلان البيع، كما إذا قال «بعتُك هذه السلعة بثمنٍ حالٍّ أو مُؤجَّل»، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأنَّا إذا حملنا قول الموكل علىٰ التأجيل والتعجيل لم يؤدِّ إلىٰ بطلان البيع؛ لأنه يثبت للوكيل البيع بعد ذلك، فيكون له أن يبيع حالًّا أو مُؤجَّلًا.

فالجوابُ: أنه إذا كان قوله «بعتك» يقتضي البيع حالًّا ومُؤجَّلًا فينبغي أن يبطل الإيجاب المطلق، ولا يصحُّ حتىٰ يعين التأجيل أو التعجيل كما لو قال «بعتكه حالًّا أو مُؤجَّلًا»، ولمَّا أجمعنا علىٰ أن هذا الإيجاب المطلق يصحُّ ويرجعُ إطلاقُه إلىٰ الحلول دلَّ علىٰ أن إطلاقَ ذلك اللفظ لا يقتضي إلا ما ذكرناه.

فأما الجوابُ عن دليلِهم الأول، فقد مضىٰ.

وأما الجوابُ عن قياسِهم على مدة خيار الثلاث، فهو أن أصحابنا اختلفوا فيه؛ فمنهم من قال: يثبتُ للوكيل بإطلاق التوكيل، فله أن يشترط خيار الثلاث لنفسه ولموكله وللمشتري دون نفسه، ومِن أصحابِنا مَن قال: له أن يشترط الخيار لنفسه دون المشتري، لأنه لا حظَّ لموكله فِي شرط الخيار للمشتري، وإذا قلنا يجوز، فالفرقُ بينهما أنه ليس إذا ثبت للوكيل أن يشترط الخيار فِي العقد الذي وَكَّله فيه، مما يدلُّ علىٰ أن له أن يشرط التأجيل فيه، ألا ترىٰ أن له أن يشرط الخيار فِي الشراء الذي وَكَّل فيه، ولا يجوزُ له أن يشرط التأجيل فيه، وإذا كان هكذا صح ما قلناه، والله أعلم.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ «أَمَرْتُكَ أَنْ تَشْتَرِيَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ بِعَشَرَةٍ، فَاشْتَرَيْتَهَا بِعِشْرِينَ» وَقَالَ الْوَكِيلُ «بَلْ أَمَرْتَنِي بِعِشْرِينَ» فَالْقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ مَعَ يَمِينِهِ، وَتَكُونُ الْجَارِيَةُ فِي الْحُكْمِ لِلْوَكِيلِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا وَكَّل رجلٌ رجلًا فِي شراءٍ جاريةٍ بعينها[2]، ثم اختلف

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٠).
(٢) جاء في (ص، ف) زيادة: «الوكيل بعشرين دينارًا»، وحقُّها أن تحذف، والله أعلم، أو يكون =

هو والموكِّلُ، [فقال الموكل][1]: «أذنتُ لك فِي شرائها بعشرة دنانير، ولم آذن لك فِي شرائها بعشرين، فالجارية لك»، وقال الوكيل: «بل أذنتَ لي فِي شرائها بعشرين فهي لك»، فإنه يُنْظر؛ فإن كان للوكيل بينةٌ علىٰ دعواه أقامها عليه بذلك، وحُكِم علىٰ الموكل بصحة دعوىٰ الوكيل، وإن لم يكن للوكيل بينةٌ كان القولُ قولَ الموكل، وإنما كان كذلك لسببين:

أحدهما: أنهما اختلفا فِي التوكيل فِي الشراء بالزيادة التي يدعيها الوكيل، وذلك اختلافٌ فِي أصل التوكيل فِي ذلك المقدار - وهو العشرة الزائدة - وإذا اختلفا فِي أصل التوكيل فادعاه الوكيل وأنكره الموكل فإن القول فِي ذلك قول الموكل، فكذلك هاهنا.

والثاني: أنهما لو اختلفا فِي أصل الوكالة كان القول فيه قول الموكل، فكذلك إذا اختلفا فِي كيفيتها وقدرها كما قلنا فِي الطلاق إذا اختلف الزوجان فِي صفته وفِي عدده كان القول فيه قول الزوج، كما لو كان الاختلاف فِي أصل الطلاق كان القول فيه قوله، فكذلك هاهنا.

فإن قيل: قد ناقضتم هذا التعليل؛ لأنكم قلتم إذا اختلف صاحب الثوب والخياط، فقال صاحب الثوب: «أذنتُ لك فِي قطعه قميصًا فقطعته قباءً»، وقال الخياط: «بل أذنتَ لي فِي قطعه قباءً فقطعتُه كما أمرتني به»، فالقول فِي ذلك قول الخياط، ولو اختلفا فِي أصل الإذن فِي القطع كان القول فيه قول صاحب الثوب.

فالجوابُ: أن تلك المسألة علىٰ قولين؛ **أحدهما**: أن القولَ قولُ صاحب

= سياق الكلام: إذا وكل رجلٌ رجلًا في شراء جارية بعينها بعشرة فاشتراها الوكيل بعشرين دينارًا... إلخ.

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

الثوب لهذا التعليل الذي ذكرناه، **والثاني**: أن القولَ قولُ الخياط، وهو مذهبُ ابن أبي ليلىٰ.

فإذا قلنا بالأول فقد سوينا بينهما، وإذا قلنا بالثاني فالفرقُ بينهما فِي هذه المسألة أنا إنما جعلنا القولَ قولَ الخياط؛ لأن صاحب الثوب يدعي عليه أرْشَ القطع الذي لا يصلح إلا للقباء، والأصلُ براءة ذِمَّته؛ فلهذا جعلنا القولَ قولَه، وفارق مسألتنا؛ لأن الموكل لا يدعي علىٰ الوكيل شيئًا.

فإن قيل: لا فرق بينهما؛ لأن الموكل يدعي علىٰ الوكيل غرامة؛ لأنه يلزمُه بقولِهِ ويمينِهِ غرامةُ ثمن الجارية.

قيل: ليس ذلك مما يدعيه الموكل، وإنما يثبت لصاحب الجارية، وليس كذلك فِي مسألة الثوب؛ لأن صاحبه يدعي علىٰ الخياط ما نقص بالقطع، وذِمَّته علىٰ البراءة، فجعل القولُ قولَه.

فإن قيل: أليس الوكيل أمينًا علىٰ مال الموكل، بدليل أنه لو ادَّعىٰ تلف المال أو تسليمه كان القول فيه قوله، فهلا جعلتم القولَ قولَ الوكيل فِي هذه المسألة أيضًا؟

فالجوابُ: أن الوكيل إنما يقبل قوله فيما يدعيه فيما وُكِّل فيه، فأما إذا ادَّعىٰ وكالة فِي شيءٍ وأنكرها الموكل لم يجعل القولُ قولَه، وقد بينا أنه يدعي علىٰ مُوَكِّله فِي هذه المسألة وكالةً ينفيها موكله؛ فلهذا جعلنا القولَ قولَ الموكل فيه.

وفرقٌ آخر، وهو أن الوكيل إنما يجعل القولَ قولَه فيما يدعيه إذا كان يرجع إلىٰ نفسه مثل دفع غرامةٍ وغيرها، فأما هاهنا فإن ما يدعيه لا يرجع إلىٰ نفسه، وإنما يثبت بدعواه حقًّا للبائع علىٰ موكله، فلذلك لم يقبل قوله فيه .

إذا ثبت أن القولَ قولُ الموكل، فإنه يحلف ويبرأ من دعوىٰ الوكيل

عليه، فإذا برئ رجع الوكيل إلىٰ مخاصمة البائع، والحكم معه فِي العقد الذي جرىٰ بينهما، ويُنْظَر:

فإن كان اشترىٰ تلك الجاريةَ بعين مالِ الموكِّل وذَكَرَ حال العقد أنه يشتريها لموكِّله بمالِهِ الذي فِي يده بطل البيع، ورجعتِ الجاريةُ إلىٰ البائع؛ لأنه قد ثبت أنه اشتراها للموكِّل، وقد أثبت الموكلُ بقولِهِ ويمينِهِ أن ذلك عقدٌ علىٰ ماله من غير إذنه للوكيل فيه.

وإن كان قد اشتراها بعين مال الموكل إلا أنه لم يذكر حال العقد أنه يشتريها لموكله نُظِر، فإن صدَّقه البائع فالحكم علىٰ ما ذكرنا، وإن كذَّبه فالقولُ قولُ البائع؛ لأن الظاهر أن المال الذي فِي يد الوكيل لنفسه دون موكله، ولأن الأصل أن العقد الذي عقده صحيح، والوكيلُ يدعي بطلانه، فقولُه مخالفٌ لهذين الظاهرين، ولذلك جعلنا القولَ قولَ البائع مع يمينِهِ، فإذا حلف كانت يمينُه علىٰ نفْي العلم؛ لأنها يمينٌ تتعلق بنفي فعل غيره، وذلك لا يكون علىٰ القطع، فيحلف بالله أنه لا يعلم أن هذا الثمن الذي اشتراها به لموكله، فإذا حلف سقطت دعوىٰ الوكيل، ولزمه البيع.

هذا كله إذا كان الشراء بعين مالٍ فِي يده، فإما إذا اشترىٰ فِي الذمة فإن كان قد أطلق العقد ولم يذكر أنه يشتري لموكله لزمه البيع؛ لأن التصرف لغيره يلزمه فِي الذمة إذا لم يكن لازمًا لذلك الغير الذي تصرف له فيه.

وإن كان قد ذكر أنه يشتريها لموكله ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يبطل البيع، ولا يلزم الوكيل؛ لأنه قد[1] ذَكَرَ أنه يشتري لغيره فأوجب البائع علىٰ علمه بذلك، فحصل الإيجاب للموكل، فإذا بطل فِي حقه لم يصحَّ فِي حق الوكيل، كما قلنا فِي الرجل يعقد علىٰ امرأةٍ لغيره

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

ويذكر أنه وكيل له، وأنه يعقد النكاح، فإذا لم يصحَّ فِي حق الموكل لم يصحَّ فِي حق الوكيل.

والثاني: أنه يلزم الوكيل؛ لأنه تصرف مطلقًا فِي الذمة لغيره، فإذا لم يلزم ذلك الغير لزمه، كما لو لم يذكر أنه يشتري لموكله، ويفارق النكاح؛ لأن تسمية الذي يعقد عليه النكاح لا بد منها، وفِي الشراء لا يحتاج إلىٰ تسمية من يشتري له.

إذا ثبت هذا، فكلُّ موضعٍ أبطلنا البيعَ فِي حقِّ الوكيل رجعت الجارية إلىٰ بائعها، وكُلُّ موضعٍ قلنا إنه صحيحٌ فِي حقه ثبت له ملكها فِي الظاهر، وأما فِي الباطن فإنه يُنْظرُ، فإن كان الوكيلُ يعلم فيما بينه وبين الله أنه كاذبٌ فيما ادعاه علىٰ مُوَكِّله من الإذن ملكها فِي الباطن فيثبتُ له الملك ظاهرًا وباطنًا، وإن كان يعلم أنه صادقٌ فيما ادعاه علىٰ مُوَكِّله كان ملك الجارية فِي الباطن للموكل دون الوكيل؛ لأن الشراء حصل للموكل فِي الباطن.

إذا ثبت هذا؛ فما الذي يعمل الوكيل بعد ذلك؟ قال المُزنِي والشافعي[١] يجب فِي مثل هذا أن يرفق الحاكم بالآمر للمأمور؛ فيقول «إن كنتَ أمرته أن يشتريها بعشرين فقد بعته إياها بعشرين»، ويقول الآخر «قد قبلتُ»، ليحل له الفرج ولمن يبتاعه منه، وإنما ذكر المُزنِي هذا علىٰ وجه التوصل إلىٰ تحصيل الملك للوكيل[٢] فِي الجارية ظاهرًا وباطنًا.

إذا ثبت هذا؛ فإن الحاكم يرفق بالموكل، فيقول: «إن كنت أمرته أن يشتريها لك بعشرين فبعه إياها بعشرين»، فإذا أشار عليه الحاكم بذلك ففعل وقال: «بعتُكها بعشرين»، وقبِل الوكيل صح ذلك البيع ظاهرًا وباطنًا[٣]،

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٠).
(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).
(٣) في (ف): «في الظاهر والباطن».

وحصل له الملك ظاهرًا وباطنًا.

وإن قال الموكل: «إن كنتُ أمرتُك أن تشتريها لي بعشرين فقد بعتُك إياها بعشرين» وقبِل الوكيلُ ذلك، فهل يصحُّ هذا البيع أم لا؟ اختلف أصْحابُنا فيه:

فمنهم من قال: لا يصحُّ؛ لأنه علقه بشرطٍ، والعقدُ لا يتعلق بذلك، كما لو قال «إن كان فلانٌ قد قدم فقد بعتُك هذه السلعة» لم يصحَّ ذلك، قال هذا القائل: والشرطُ الذي ذكره المُزنِي فإنما ذكره فِي كلام الحاكم وإشارته، والموكل أوجب البيع من غير هذا الشرط، وذِكْرُ الحاكم له لا يضره.

ومِن أصحابِنا مَن قال: يصحُّ البيع؛ لأنه شَرَطَ ما يقتضيه إطلاقُ العقد؛ لأنه إنما يصحُّ بيعه لهذه الجارية من الوكيل إن كان قد أذن له فِي الشراء بعشرين، وإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره وشرطه، كما لو شرط فِي البيع تسليم الثمن، وتسليم المثمن وما أشبه ذلك.

إذا تقرر هذا؛ فإن أجاب الموكلُ إلىٰ ذلك وباعها من وكيله ثبت الملكُ للوكيل ظاهرًا وباطنًا، وثبت له علىٰ مُوَكِّله عشرون، وهي التي وزنها عنه بحكم الحاكم، فلا يكون متطوعًا بها، وقد ثبت للموكل علىٰ الوكيل عشرون بهذا البيع فيتقاصان فيه، وإن امتنع الموكلُ من إيجاب البيع لوكيله لم يُجبر عليه، ولهذا قال المزني: يجب فِي مثل هذا أن يرفق الحاكم بالآمر.

فإذا ثبت أن الموكلَ لا يُجبر علىٰ البيع فقد حَصَلَ له فِي يد وكيله جاريةٌ ملكها له فِي الباطن، والوكيل معترفٌ له بذلك، وحصل للموكل عليه عشرون، وهي التي وزنها عنه، **إذا ثبت هذا،** فما الذي يصنع الوكيلُ بالجارية؟ اختلف أصْحابُنا فيه علىٰ ثلاثة أوجهٍ حكاها أبو إسحاق فِي «الشرح».

فقال بعض أصحابنا: إن الجارية تصير ملكًا للوكيل ظاهرًا وباطنًا كما نقول فِي المتبايعين إذا تحالفا فإن المبيع يحصل للبائع ملكًا ظاهرًا وباطنًا، فكذلك هاهنا، ثم قال: وهذا الوجه يبعد.

وقال بعضهم: لا يستمتعُ بها ولا يستخدمُها، ويجوزُ له بيعُها؛ لأنه وزن عشرين دينارًا عن الموكل، والجاريةُ للموكل بقوله، فكان له أن يستوفِي دينه من ماله؛ لأن من عليه الدَّيْن إذا جحد كان لصاحب الدَّيْن أن يتوصل إلىٰ استيفاء دينه من ماله.

ومنهم من قال لا يجوزُ له بيعُها؛ لأنه لا يجوزُ أن يكونَ وكيلًا فِي بيع مال غيره لنفسه كالمرتهن.

وقال أبو علي بن أبي هريرة علىٰ هذا الوجه: يُزَوِّر رجلًا يدعي عليه دينًا عند الحاكم ويذكر أن هذه الجارية ملكٌ له رهنها عنده بحقه، وقد حلَّ عليه الحقُّ، وامتنع من بيعها، فيأمر الحاكم ببيعها، فتباع عليه[1] بإذنه.

فأما الوجه الأول الذي حكاه أبو إسحاق وضعفه، فإنما كان كذلك، لأن المتبايعين إذا تحالفا انفسخ البيع، ورجع المبيعُ إلىٰ ملك البائع، وليس كذلك هاهنا؛ لأن البيع الذي حصل للموكل فِي الباطن لا ينفسخُ بيمين الموكل وامتناعه عن البيع، فإذا لم ينفسخ لم تحصل الجارية ملكًا له باطنًا.

وأما الوجهان الآخران فهما اللذان نذكرهما فِي الرجل يكونُ له علىٰ رجلٍ مالٌ فيجحده أو يماطله فيقدر علىٰ مالٍ له، فعلىٰ وجهين:

أحدهما: يبيعه بنفسه.

والثاني: لا يجوزُ له بيعُه بنفسه. وقال ابن أبي هريرة: يوافق رجلًا ويقدمه علىٰ الحاكم علىٰ ما ذكرناه.

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

فإذا بيعت الجارية، نُظر؛ فإن كان ثمنها وَفْقَ حقِّه أمسكه، وإن كان أقلَّ من حقِّه أمسك ذلك القدر الذي حصل له، وبقي الباقي عليه فِي ذِمَّته إذا وقع بيده مالٌ آخر استوفىٰ حقَّه منه، وإن كان أكثر من حقِّه أخذ منه قدر حقِّه، وما فضل ردَّه إلىٰ موكله، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المُزَنِي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ جَارِيَةً، فَاشْتَرَى غَيْرَهَا، أَوْ أَمَرَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ جَارِيَةً، فَزَوَّجَهُ غَيْرَهَا؛ بَطَلَ النِّكَاحُ، وَكَانَ الشِّرَاءُ لِلْمُشْتَرِي لَا لِلْآمِرِ[1])[2].

وهذا كما قال.. إذا وَكَّل رجلًا فِي شراء جاريةٍ بعينها فاشترىٰ له غيرها لم يصحَّ الشراء فِي حق الموكل؛ لأنه اشترىٰ له ما لم يأذن له فيه، فهو كما لو اشترىٰ له شيئًا من غير أن يوكله[3].

إذا ثبت هذا فإنه يُنظر؛ فإن كان اشتراها الوكيلُ بغير مال الموكل وذَكَرَ حين الشراء أنه اشتراها[4] لموكله بماله بطل البيع فِي حقِّ الوكيل أيضًا.

وإن اشتراها بعين مال مُوَكِّله ولم يذكر حال العقد أنه يشتريها لموكله بماله فإنه يُنْظر؛ فإن صدَّقه البائع بطل البيع أيضًا فيه، وإن كذَّبه فيه كان القولُ قولَ البائع؛ لأن الظاهر أن ما فِي يد الوكيل ملكٌ له، والظاهر صحة البيع فيه، فقُدم قوله لذلك، فإذا حلف فإنه يحلف علىٰ نفي العلم كما ذكرنا

---

(١) في (ص، ف): «لا كلام» وهو تحريف ظاهر، وقد جاء علىٰ الصواب في الحاوي الكبير (٦/ ٥٤٦) للماوردي.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٠).

(٣) بحر المذهب (٦/ ٦٧).

(٤) في (ف): «أنه يشتريها».

فِي المسألة قبل هذه، فإذا حلف ثبت البيعُ فِي حقِّ الوكيل.

وأما إذا اشتراها الوكيل بثمنٍ فِي الذمة، نُظِر؛ فإن أطلق ذلك لزمه فِي حقه، وإن ذكر أنه يشتريها لموكله، فالمسألة علىٰ وجهين؛ **أحدهما**: يبطل فِي حقه أيضًا، **والثاني**: يصحُّ فيه.

فأما إذا وَكَّله فِي أن يزوجه امرأةً بعينها فزوجه غيرها بطل النكاحُ فِي حقِّ الموكل وفِي حقِّ الوكيل أيضًا، ولا يلزم الوكيل النكاح بحالٍ.

والفرقُ بينه وبين الشراء أن المقصودَ بالنكاح أعيانُ الزوجين، ولهذا لا يصحُّ النكاح بالوكالة حتىٰ يسمي الوكيل مُوَكِّله ويعينه، وليس كذلك الشراء، فإن المقصود به العوض، ولهذا يصحُّ[1] البيع والشراء بالوكالة من غير اسم الموكل وتعيينه.

وإذا ثبت أن المقصود بالنكاح ما ذكرنا، فإذا زوج مُوَكِّله ولم يثبت فِي حقه لم يثبت فِي حق الوكيل؛ لأن المقصود غيره، وليس كذلك البيع؛ فإن المقصودَ هو العوض، والعوضُ يحصلُ من كلِّ واحِدٍ منهما؛ فلهذا فرقنا بينهما.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ حَقٌّ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ «وَكَّلَنِي فُلَانٌ فِي قَبْضِهِ مِنْكَ»، فَصَدَّقَهُ، وَدَفَعَهُ، فَتَلَفَ، وَأَنْكَرَ ربُّ الْحَقِّ أَنْ يَكُوْنَ وَكِيْلَهُ، فَلَهُ الْخِيَارُ؛ فَإِنْ أَغْرَمَ الدَّافِعَ لَمْ يَرْجِعِ الدَّافِعُ عَلَى الْقَابِضِ)[2] إِلَى آخِرِ الْفَصْلِ.

وهذا كما قال.. إذا كان لرجلٍ علىٰ رجلٍ مالٌ فِي ذِمَّته من قرضٍ أو غيره أو كان له فِي يده مال وديعةٍ أو غصبٍ أو غيرَ ذلك، فجاءه رجلٌ، فقال له «أنا

(١) في (ص)، (ف): «لا يصح»، وهو غلط.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٠).

وكيلُ فلانٍ فِي قبض ماله منك»، نُظِر:

فإن أنكر الذي عليه الدَّيْن ذلك، فإنه يُنْظر، فإن كان للوكيل بينةٌ أقامها[١] وكان له استيفاءُ المال منه[٢]، وإن لم يكن للوكيل بينةٌ فالقولُ قولُ من عليه الحقُّ بلا يمينٍ، فإن قال: «هو يعلم أني وكيله، فحلِّفوه علىٰ ذلك» لم يحلف[٣].

وقال أبو حنيفة: القولُ قولُه مع اليمين.. وهذا بناه علىٰ أصله؛ لأن عنده إذا صدَّقه أُجبر علىٰ التسليم إليه، ونحن نبنيه علىٰ أصلنا؛ لأن عندنا إذا أقر بصحة التوكيل لم يُجبر علىٰ التسليم إليه.

هذا إذا كذَّبه، فأما إذا صدَّقه فِي توكيله لم يُجبر علىٰ التسليم إليه، سواء كان ذلك عينًا فِي يده أو دينًا فِي ذِمَّته، وقال أبو حنيفة: إن كان دينًا أُجبر علىٰ الدفع إليه، وإن كان عينًا فالمشهورُ من مذهبِ أنه لا يُجبر عليه، وعنه رواية [أحمد بن سادة][٤]: أنه يُجبر علىٰ ذلك[٥].

واحتج من نصره بشيئين:

أحدهما: أنه أقر له بحقِّ الاستيفاء، فوجب أن لا يُجْبر علىٰ الإيفاء،

---

(١) والبينة شاهدان عدلان، مع قيود فيهما، ذكرها الحاوي الكبير (٦/ ٥٥١).

(٢) لأن لصاحب الحق أن يستوفيه بنفسه إن شاءه أو بوكيله إن شاء، ذكره الحاوي الكبير (٦/ ٥٥١).

(٣) يعني: إن لم يكن لمدعي الوكالة بينة يثبت بها الوكالة؛ لم يلزم من عليه الحق أن يدفعه إلىٰ مدعي الوكالة، سواء صدقه علىٰ الوكالة أو كذبه.

(٤) كذا في (ص، ف) ويبدو أنه أصابه تحريف، فلم نقف علىٰ ترجمة ابن سادة، ولعله محمد بن سماعة، وقد يقال: لعل صوابه: «وعنه رواية أخرىٰ...» والله أعلم.

(٥) وهو اختيار المزني ورواية عن محمد بن الحسن كما في بحر المذهب (٦/ ٧٩).

الدليلُ عليه: إذا حضر الموكل وصدَّقه علىٰ ذلك.

والثاني أن إقراره بذلك يتضمن حقين؛ **أحدهما**: حق له وهو براءة ذِمَّته بذلك الدفع، **والثاني**: حق عليه، وهو تسليم المال إلىٰ الوكيل، ومن أقر إقرارًا يتضمن حقين أحدهما له والآخر عليه لزمه ما عليه، ولم يثبت له ما له، كما نقول فِي الرجل يشتري عبدًا ثم يقر أن البائع كان أعتقه، أو أنه حُرُّ الأصل فإنه يعتق، ولا يثبت له الرجوع علىٰ البائع بالثمن، فلزمه ما عليه، ولم يثبت ما له، فكذلك هاهنا.

ودليلُنا: أنه توكيل لم يثبت فِي حقِّ صاحب المال، فلم يلزمه دفعُ المال إليه، الدليلُ عليه إذا أنكر ذلك، وكذَّب الوكيل فيه.

وأيضًا، فإنه أقر بتوكيل غيره فِي حقه فلم يجبر علىٰ التسليم إلىٰ الوكيل الذي عليه، أصله: إذا كان ذلك فِي العين، ولأن كلَّ مَن لا يلزمه تسليم العين لا يلزمه تسليم الدَّيْن الذي عليه إذا أنكر وكالته.

فإن قيل: الفرقُ بينهما أن العين ملك للموكل، فلم يقبل قول من هي فِي يده فِي تسليم ملك غيره إلىٰ من يدعي الوكالة، وليس كذلك فِي الدَّيْن؛ لأن ملك الموكل لم يتعين فيه، فإذا أجبرناه علىٰ التسليم لم يكن ذلك إجبارًا علىٰ تسليم مال الموكل، وإنما هو إجبارٌ علىٰ تسليم بعض ماله؛ لما تقدم من إقراره؟

فالجوابُ: أنه لا فرق بينهما؛ لأنه يسلم الدَّيْن إليه علىٰ أنه حقٌّ للموكل، ويتعينُ ذلك بالقبض، فيصير فِي حكم عين ماله، فإذا لم يُجبر علىٰ تسليم العين، فكذلك لا يُجبر علىٰ تسليم الدَّيْن.

وأيضًا، فإنه دفعٌ غير مبرئٍ لم يثبت بينته، فوجب أن لا يُجبر عليه، الدليلُ عليه إذا أنكر الوكالة.

ومعنىٰ قولنا: «غير مبرئٍ» أن الموكل إذا حضر وأنكر الوكالةَ رجع عليه بالحقِّ، فلا يكون ذلك دفعًا مبرئًا، ولا يدخُلُ علىٰ هذه العلة إذا أقام البينة علىٰ الوكالة، ثم سلم المال إليه، فحضر الموكل، وادَّعىٰ أنه كان عزله قبل التسليم، وقلنا إن له عزله فِي غيبته، فإن ذلك دفعٌ غير مبرئٍ لأنه يثبت له[1] أنه قبضه، وليس بوكيلٍ له، لأنَّا قلنا لم تثبت بينته، وهذا قد ثبتت بينته.

ويدلُّ عليه أيضًا؛ أن الموكل لو طالبه بالتسليم وكان له عليه بينةٌ كان له أن يمتنع من التسليم حتىٰ يشهد علىٰ القبض؛ لأن التسليم من غير إشهادٍ لا يبرئُ ذِمَّته، فكذلك هذا التسليم لا يبرئه، فينبغي أن لا يُجبر عليه.

فإن قيل: إذا كانت له بينةٌ عليه أجبر علىٰ تسليمه المال إليه، ولم ينتظر حضور البينة للإشهاد عليه.

فالجوابُ: أنكم إذا أجبرتموه علىٰ ذلك لا يؤمن أن يجحد القبض ويطالب بالمال ثانيًا، فدل علىٰ أنه لا يجبر علىٰ الدفع حتىٰ يحضر البينة ليبرأ مما يثبت عليه، ويأمن جحود صاحب الحق ذلك.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم الأول، فهو أنه يبطل به إذا كان ذلك فِي العين، ويبطل أيضًا برجلٍ مات وخلَّف طفلًا ومالًا، وله علىٰ رجلٍ مالٌ، فجاءه رجلٌ وادَّعىٰ أنه وصِّي الميت والناظر فِي ماله لليتيم، فصدَّقه علَىٰ ذلك، فإنه لا يُجبر علىٰ التسليم إليه.

فإن قيل: إنما لم يُجبر عليه لأن دعوىٰ الوصي تسقط حق الحاكم الذي يثبت له فِي ذلك المال، فإذا صدَّقه لم يجبر علىٰ التسليم.

فالجوابُ: أن الوكيل فِي مسألتنا تثبت المطالبة لنفسه والاستيفاء، وفِي ذلك إسقاطُ حقِّ الموكل، ولا فرق بينهما، ثم المعنىٰ فِي الأصل أنه دفعٌ

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

مبرئٌ، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ فإنه دفعٌ غير مبرئٍ لم يثبت ببينة، فلذلك لم يجبر عليه كما قلنا فيه إذا كذبه.

وأما الجوابُ عن دليلِهِم الثاني، فهو أنه يبطلُ بما ذكرنا من مسألة العين، ومسألة الوصي؛ لأن ذلك إقرارٌ تضمن الحقين، ومع ذلك لا يلزمه ما عليه، ثم المعنىٰ فِي الأصل: أن المشتري يملكُ إيقاع العتق فِي الحال، فإذا أقر علىٰ نفسه بالعتق لزمه، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأن الذي عليه الحقُّ لا يملكُ إسقاطَ حقِّ الموكل عن ذلك المال، فإذا أقر بما لم يثبت فِي حقِّه لم يُجبر علىٰ التسليم.

إذا ثبت هذا؛ فإنه بالخيار، إن شاء سلَّم المال إليه، وإن شاء لم يسلِّمه، وإن شاء سلَّمه بشرط أن يضمنه للموكِّل إذا حضر وكذَّب الوكيل، كما قلنا فِي الملتقط إذا أعطاه رجلٌ صفة اللقطة، فإنه بالخيار بين أن يمسكها وبين أن يسلِّمها إليه بشرط الضمان إذا بان أن صاحبها غيره.

فإن سلَّمه إليه وحضر الموكل، فصدَّقه علىٰ ذلك برئ، ووقع التسليم موقعه.

وإن كذَّبه كان القولُ قولَه مع يمينِهِ؛ لأن الأصل أنه ما وكله، فإذا حلف نظر، فإن كان ذلك عينًا وهي باقيةٌ فِي يد الوكيل استرجعها الموكل، وكان له أن يطالب أيهما شاء؛ لأن المودع لم يبرأ بتسليمها إلىٰ من ليس بوكيل له، وإن كانت تالفةً كان للموكل أن يرجع علىٰ أيهما شاء بقيمتها؛ لأن الَّذي عليه الحقُّ أداه إلىٰ من ليس بوكيل له، والذي قبضه قبض مال غيره بغير إذنه، ولم يَجُزْ له القبض؛ فلزمهما الضَّمان.

ولا يدخُلُ علىٰ هذا الملتقط إذا تلفت اللقطة فِي يده فإنه لا ضمان عليه، وإن كان قبضها بغير إذن صاحبها فقد كان القبض جائزًا له.

وفيه معنًىٰ آخر وهو أن مدعي الوكالة قبضه من يد الضامن فكان مضمونًا عليه كالمأخوذ من يد الغاصب.

إذا ثبت أن له الرجوع علىٰ أيهما شاء، فإن رجع علىٰ أحدهما لم يرجع ذلك علىٰ صاحبه؛ لأنه إن رجع علىٰ الدافع فإنه يقول «ظلمني بأخذ هذا المال مني وما كان له عليَّ حق؛ لأن وكيله استوفاه مني وتلف فِي يده»، وما[1] أقر بأنه مظلومٌ فيه فلا رجوع له به علىٰ غيره.

وإن رجع علىٰ الوكيل لم يرجع علىٰ الدافع؛ لأنه يقول «قد استوفيتُ حق الموكل منه، وقد برئ وتلف ماله فِي يدي، فلا ضمان علي، وقد ظلمني بهذا»، وما أقر بأنه مظلومٌ فيه فلا رجوع له به علىٰ غيره.

فأما إذا كان ذلك دينًا لم يكن للموكل أن يرجع علىٰ الوكيل به؛ لأنه ليس بوكيلٍ له علىٰ زعمه، وما أخذه غير مالٍ له، ويفارق إذا كان ذلك فِي العين، وإنْ لم يكن وكيلًا لأنه قابضٌ غير ماله بتعدٍّ منه فلزمه الضمان، وله الرجوع علىٰ الدافع؛ لأن تسليمه لم يصحَّ، فيكون الحق باقيًا عليه.

فإذا قبض الحق منه نُظِر، فإن كان المالُ الذي أعطاه للوكيل باقيًا أخذه الدافع؛ لأنه يقول «هو مالٌ للموكل وقد ظلمني برجوعه عليَّ»، فيكونُ كرجلٍ له علىٰ آخر مالٌ وقدر علىٰ مال له فإنه يستوفِي منه حقه، فكذلك يسترجعٍ هذا الدافع ذلك المال من الوكيل بدلًا عما أخذه منه الموكل.

وإن كان ذلك المال تلف فِي يد الوكيل لم يرجع عليه بشيءٍ لأنه مقر بأنه وكيلٌ أمينٌ، وقد قبض ذلك المال بحق وهو مال الموكل، وتلف فِي يده؛ فلا ضمان عليه، فلهذا لم يكن له به عليه رجوعٌ، هذا هو المذهبُ الصحيح.

---

(١) في (ص): «وأما».

وقال أبو إسحاق: له أن يرجع علىٰ أيهما شاء كما قلنا فِي العين؛ لأنه أخذ ذلك المال علىٰ أنه لموكله فجرىٰ مجرىٰ أخذ العين، والوكيل مقر له بأنه حقُّه.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وهذا من غلطات أبي إسحاق؛ لأن هذا الوكيل ما أخذ عين ماله ولا قبض دينه بإذنه، وقولُه إنه معترفٌ بذلك غير صحيح؛ لأن الموكل لا يدعيه، والإقرارُ موقوفٌ علىٰ دعوىٰ المقر له، ألا ترىٰ أن الرجل إذا أقر لرجلٍ بمالٍ فِي يده وأنكره المقِرُّ له ولم يدَّع المالَ لم ينفذ إقرارُه، فكذلك هاهنًا، والله أعلم.

فرع

إذا جاء رجلٌ، وقال «قد مات فلانٌ الذي له عندك مال كذا وكذا، وأنا وارثه»، فصدَّقه علىٰ ذلك، لزمه تسليم المال إليه؛ لأنه مقِرٌّ بأنه لا مستحِقَّ له غيره، وأنه يبرأ بالدفع إليه، وإن كذَّبه كان للمدعي مطالبته باليمين[1] لأنه لا يعلم أن مورثه مات، وأنه وارثه؛ لأنه لو أقر بذلك لزمه التسليم، فإذا أنكر توجهتْ عليه اليمين.

فأما إذا جاءه رجلٌ، فقال «صاحبُ الحقِّ الذي عليك قد أحالني بماله عليك»، فأقر له بذلك، فهل يلزمه التسليم أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يلزمُه التسليم؛ لأنه أقر بأنه لا مستحِقَّ غيره؛ لأن الحقَّ يتحولُ عندنا بالحوالة، فهو بمنزلة الوارث.

والثاني: أنه لا يلزمُه التسليم؛ لأنه لا يأمن أن يجحد صاحبُ الحقِّ الحوالة فيطالب بالمال ، فيكون بمنزلة الوكيل والموكل.

إذا ثبت هذا، فإن قلنا يلزمه التسليم بإقراره، كان له أن يحلفه أنه لا يعلم

(١) في (ص)، (ف): «بالثمن»، وهو تصحيف.

أنه أحاله عليه بالحقِّ إذا كذَّبه، وإن قلنا لا يلزمه التسليم بإقراره، لم يكن له أن يحلفه أنه لا يعلم أنه أحاله عليه بالحقِّ إذا كذبه؛ فيحصل فِي الجملة ثلاث مسائل:

أحدها: مسألةُ التوكيل إذا صدَّقه الذي عليه الحقُّ، فلا يلزمه التسليمُ، بلا خلافٍ علىٰ المذهبِ.

والثانية: مسألةُ الوارث إذا صدَّقه من عليه الحق [لزمه التَّسليمُ، بلا خلافٍ علىٰ المذهبِ.

والثالثة: مسألةُ المحال إذا صدَّقه مَن عليه الحق][1]، هل يلزمه التسليمُ أم لا؟ علىٰ وجهين.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ: (وَإِنْ وَكَّله بِبَيْعِ سِلْعَةٍ، فَبَاعَهَا بِنَسِيئةٍ[2] كَانَ لَهُ نَقْضُ الْبَيْعِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ مَا وَكَّله إِلَّا بِالنَّقْدِ)[3].

وهذا كما قال.. إذا وَكَّل رجلٌ رجلًا فِي بيع سلعة نقدًا، وأطلق له ذلك، اقتضىٰ أن يبيعه نقدًا.

فإن باعه بنسيئةٍ كان البيع باطلًا؛ لأنه إن كان قد أذن له فِي البيع نقدًا، فقد خالف أمره.

وإن كان قد أطلق له ذلك، فإن الإطلاق يقتضي النقد؛ لأنه البيعُ المعتاد فِي الغالب، وإنما يباع الشيء نسيئةً لعلة فسادٍ أو كسادٍ، فإذا باع الوكيل تلك

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) في (ص): «نسيئة».

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٠).

السلعة نسيئةً، فادَّعىٰ الموكل أنه أذن له مطلقًا، أو قيده بالنقد، وإن كان الوكيل خالفه لم يخْلُ من أحد أمرين؛ إما أن يصدِّقه الوكيلُ والمشتري، أو يكذِّباه.

فإن صدَّقاه نُظِر؛ فإن كانت السلعة باقيةً رُدت إليه، وإن كانت تالفةً كان له أن يغرم أيهما شاء؛ لأن الوكيل تعدىٰ ببيعه نسيئة، والمشتري تعدىٰ بقبضه.

فإن رجع علىٰ الوكيل رجع عليه بقيمته، ورجع الوكيلُ علىٰ المشتري فِي الحال بالقيمة.

وإن رجع علىٰ المشتري لم يرجع المشتري علىٰ الوكيل؛ لأن التلف كان فِي يد المشتري فاستقر عليه الضمان.

وأما إذا كذَّباه وادَّعيا أنه أذن فِي البيع نسيئةً كان القولُ فِي ذلك قولَ الموكل؛ لأنه اختلافٌ فِي كيفية الإذن، ولو اختلفا فِي أصل الإذن كان القولُ قولَ الموكل فيه، فكذلك إذا اختلفا فِي كيفيته، كما قلنا فِي الطلاق.

فإذا حلف الموكل حلف علىٰ القطع والبتِّ أنه أذن له فِي البيع بالنقد أو أطلق له ذلك لأنها يمينٌ علىٰ فعله.

فإذا حلف نُظِر؛ فإن كانت السلعة باقيةً استرجعها، وإن كانت تالفةً كان له أن يغرم أيهما شاء؛ لما ذكرنا من التعليل، فإن غرم المشتري غرمه جميع القيمة، ولم يكن له أن يرجع علىٰ الوكيل بشيءٍ؛ لأنه اختص بتلف السلعة فِي يده، وإن غرم الوكيل غرمه جميع القيمة، ولم يكن للوكيل أن يرجع علىٰ المشتري فِي الحال؛ لأنه يزعم أن الثمن مُؤجَّل عليه فلا يستحق فِي الحال.

وإن كان الموكل قد ظلمه بتغريمه إياه قيمة السلعة، فإذا حل الأجل كان له أن يرجع علىٰ المشتري بأقل الأمرين إن كان اليمينُ المسمىٰ أقل من

القيمة رجع به عليه؛ لأنه يزعم أنه لا يستحق عليه إلا ذلك المقدار.

وإن كانت القيمةُ أقلَّ لم يرجع عليه إلا بقدر القيمة؛ لأنه ما غرم إلا ذلك القدر.

وتفارق هذه المسألة التي قبلها - وهو إذا صدقاه فِي دعواه - لأنهم أقروا ببطلان البيع ووجوب القيمة حالًّا، وفِي هذه المسألة لم يقر الوكيل ولا المشتري ببطلان البيع ووجوب القيمة حالًّا، وإنما جعلنا له الرجوع بالقيمة ليمينِهِ.

ومعنىٰ قول الشافعي كان له أن ينقض البيع؛ أي يحكم بأن البيع منقوض؛ لأنه وقع فاسدًا فلا يحتاج إلىٰ نقضه.

♦ مَسْألَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ وَكَّله بِشِرَاءِ سِلْعَةٍ، فَأَصَابَ بِهَا عَيْبًا ،كَانَ لَهُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَ مَا رَضِيَ الْآمِرُ، وَكَذَلِكَ الْمُقَارِضُ، وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَمَعْنَاهُ)[1].

وهذا كما قال.. إذا وَكَّل رجلًا فِي شراء سلعة مطلقًا لم يَجُزْ للوكيل أن يشتريها معيبةً، ويفارق المضارب؛ فإنه يشتري الصحيحَ والمعيبَ؛ لأن القصد بذلك الربح، ويطلب الربح فِي المعيب كما يطلب فِي السليم، فلهذا جاز أن يشتري المعيب بإطلاق الإذن له فِي التصرف.

وليس كذلك الشراء بالوكالة؛ لأن القصد به أن يكونَ المشترىٰ للقُنية، فإن كان عبدًا فللخدمة، وإن كان ثوبًا فللبس، وعلىٰ هذا سائر الأشياء، فلهذا

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٠).

لم يكن له شراء المعيب بإطلاق الإذن.

فأما إذا اشترىٰ سلعةً واعتقد أنها سليمةٌ فبان بها عيبٌ؛ كان له الرد لمعنيين:

أحدهما: أن الموكل أقام الوكيل مقامه، ولما كان للموكل أن يرده إذا أصاب بالمبيع عيبًا، فكذلك الوكيل.

والثاني: أن الوكيل لا يأمن فوات الرد بالعيب إذا أخَّر الرد حتىٰ يحضر مُوَكِّله بهرب البائع وغيبته، فلهذا جعلنا له الرد فِي الحال.

إذا ثبت هذا؛ فإن حضر الموكل قبل أن يرد الوكيل فأراد الوكيل الرد، وأبىٰ ذلك الوكيل كان له أن يمسكها، وليس للوكيل أن يردها؛ لأن الحق للموكل دون الوكيل.

ويفارق المضارب حيث قلنا إن له رد السلعة بالعيب وإن أبىٰ ذلك رب المال؛ لأن له حقًّا فِي تلك السلعة فلا يسقط برضا غيره.

وأما إذا أراد أن يرده والموكل غائبٌ فقال له البائع «لا ترده حتىٰ يقدم الموكل، فربما رضي به» لم يلزم الوكيل ذلك؛ لأنَّا قد بينا أن حقه من الرد قد ثبت فِي الحال فلا يلزمه تأخيره.

وإن قال له البائع «قد بلغ الموكل أن السلعةَ معيبةٌ وقد رضي بعيبها»، وأنكر الوكيل ذلك؛ كان له الرد، وليس عليه أن يحلف ما رضي به الموكل، وإن ادَّعىٰ علم الوكيل بذلك حلف بالله ما يعلم أنه رضي به.

ويفارق هذا إذا جاء رجلٌ [إلىٰ رجل](١)، فقال «وكلني فلانٌ فِي قبض ماله منك»، فأنكر ذلك فطالبه باليمين؛ حيث قلنا لا يلزمه اليمين، لأنه لو أقر بالتوكيل لم يلزمه التسليم.

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

وقول المُزنِي[١] «وليس عليه أن يحلف» معناه إذا لم يدع البائع علمه، إذا ثبت أن الوكيل يحلف، فإذا حلف رد السلعة، فإذا حضر الموكل بعد ذلك فإن قال: «ما كنت رضيتُ بالعيب» فقد وقع الرد موقعه، وإن قال: «قد بلغني ذلك ورضيت به قبل الرد» وصدَّقه البائع علىٰ ذلك أو كذَّبه فيه وأقام الموكل البينة علىٰ ذلك لم يقع الردُّ موقعه، وكان له استرجاعُ السلعة وإمساكها معيبةً.

هذا إذا رد الوكيل، فأما إذا أمسك السلعة مع علمه بالعيبِ حتىٰ حضر الموكل، نُظر، فإن رضي بالعيب أمسكه، وإن لم يرض به[٢]، وأراد الوكيل رده علىٰ البائع.

فإن كان الوكيل ذكر حين البيع أنه يشتريه لموكله وأنه يمسكه، فربما رضي به وقد حضر ولم يرض به كان له ردُّه، وإن كان لم يذكر ذلك حال العقد نُظِر، فإن صدَّقه البائع علىٰ ذلك كان له رده، وإن كذَّبه كان القولُ قولَ البائع أنه لا يعلم أنه اشتراه لموكله؛ لأن الظاهر أنه يشتريه لنفسه بماله، فإذا حلف لزم الشراء الوكيل، ورجع عليه الموكل بالمال الذي أعطاه إياه.

هذا كله إذا أذن له فِي شراء سلعة لا بعينها، فأما إذا أذن له فِي شراء سلعةٍ بعينها، فاشتراها، ثم أصابها معيبةً، فهل له ردها أم لا؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: ليس له ذلك؛ لأنه لما عين السلعة قطع اجتهاده فيها، **والثاني**: له ذلك؛ لأن إطلاق التوكيل يقتضي السلامة من العيوب، كما لو لم يعين السلعة، والله أعلم.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٠).

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

فرع

إذا وَكَّل رجلٌ رجلًا فِي البيع نسيئةً، فباع نقدًا، نُظر، فإن كان باعه نقدًا بأقل من ثمنه مُؤجَّلًا، مثل أن يكونَ الثمن مُؤجَّلًا مائةً ونقدًا ثمانين، فباع بثمانين، لم يصحَّ البيع؛ لأنه لما أمره بالبيع مُؤجَّلًا قصد أن يكونَ الثمن أكثر منه إذا كان البيع نقدًا، فقد خالفه فِي مقدار الثمن، فباع بأقل، فلم يصحَّ البيع، فأما إذا باعه نقدًا بثمنه مُؤجَّلًا مثل أن يبيعه بمائةٍ، صح البيع، إلا أن يكونَ له فِي ذلك غرضٌ صحيحٌ، وهو أن لا يأمن علىٰ الثمن إذا قبضه فِي الحال لخوفٍ من السلطان أو من العيَّارين[1]، فيكون له فِي تأخيره غرضٌ، فإذا كان كذلك، لم يصحَّ البيع.

فرع

إذا وَكَّله فِي الشراء بثمنٍ مُعَجَّل، فاشترىٰ بثمنٍ مُؤجَّل، نُظِر، فإن اشتراه مُؤجَّلًا[2] بثمنه مُعَجَّلًا لم يَجُزْ؛ لأنه زاد فِي المقدار الذي اقتضاه إطلاق إذنه؛ لأن ثمن المبيع المُؤجَّل أكثر من ثمن المُعَجَّل، وإن اشتراه مُؤجَّلًا بثمنه مُعَجَّلًا جاز ذلك لأنه زاده خيرًا، إلا أن يكونَ في تقديم الثمن الحال غرضٌ صحيحٌ، وهو أن يكونَ الثمن حاضرًا عنده، ولا يأمن عليه إذا أمسكه؛ فإن له غرضًا فِي تعجيله حتىٰ يبرأ منه، فبطل البيع، إلا أن يكونَ ذلك الثمن مما يُجبر البائع علىٰ تسليمه إذا عجل له، فيصحُّ البيع حينئذٍ؛ لأنه يمكنه تعجيلُ الثمن وتسليمُه إلىٰ صاحبه، فيتخلص من غرره بإمساكه.

---

(١) العيارون: سفلة الناس ورذالتهم وشرارهم، ويقال النتاش والنغاش .. وفي ترجمة ابن كج رحمه الله أنه قتله العيارون بالدينور، كما في المهمات (١/ ٢٩٨)، وينظر: تهذيب اللغة (١١/ ٢٢٥) وتاج العروس (١٧/ ٤٠١).

(٢) في (ص): «مُعَجَّلا» وهو غلط ظاهر.

فرع

ذكر الشافعي فِي «اختلاف العِراقِيِّين»[١] أن رجلًا إذا وَكَّل رجلًا فِي كل قليلٍ وكثيرٍ، لم يصحَّ ذلك.

وقال ابن أبي ليلىٰ: يصحُّ.

وهذا غلطٌ؛ لأن فيه غررًا عظيمًا، لأنه ربما لزمه بالعقود ما لا يمكنه الوفاء به وما يؤدي إلىٰ ذهاب ماله، مثل أن يزوجه فِي الحال بأربع نسوةٍ ويطلقهن عليه قبل الدخول فيغرم لكُلِّ واحدة منهن نصف مهرها، ثم يزوجه بأربعٍ أخر، وعلىٰ هذا، ومثل أن يشتري له من العقار ما لا حاجة إليه، وغير ذلك من أنواع التصرف؛ لأنه أطلق الوكالة، فتناول الإذن جميع ذلك مما يضره وينفعه، والعقد إذا تضمن مثل هذا الغرر كان باطلًا.

فرع

إذا وَكَّله فِي شراء عبدٍ ولم يذكر نوعه لم يصحَّ التوكيل لأن فيه غررًا علىٰ ما بيناه قبله، إذ العبيد تختلف أثمانهم، فربما اشترىٰ له عبدًا لا يمكنه الوفاء بثمنه، وإن عين له نوعًا مثل أن يقول: «اشتر لي عبدًا تركيًّا»: نُظِر، فإن سمىٰ له ثمنًا جاز، وإن أطلق ذلك ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوزُ؛ لأن أثمان العبيد من النوع الواحد تتباين وتتفاوت؛ فيكون فِي ذلك التوكيل غررٌ من الوجه الذي بيناه.

والثاني: أنه يجوز؛ لأنه إذا عين النوع وأطلق الثمن، لم يتفاوت الثمنُ كما يتفاوت فِي النوعين؛ فأكثر، ويكونُ كأنه أذن له فِي أن يشتري له من ذلك النوع الذي عينه أعلىٰ الرقاب بأوفىٰ الأثمان.

---

(١) الأم (١/ ٢٠٥).

فرع

إذا وَكَّله فِي بيع جميع ما يملكه صحَّ التوكيل؛ لأن ما يملكُه محصورٌ؛ فلا غرر فِي إطلاق التوكيل فِي بيعه، ويفارقُ هذا إذا أطلق له الإذن فِي الشراء والبيع؛ لأن فِي ذلك غررًا لأنه لا ينحصر، فربما اشترىٰ له ما لا يمكنه الوفاء بثمنه.

فرع

إذا أذن له فِي شراء عبدٍ وصفه؛ فاشتراه بمائة، ثم اختلف هو والموكل، فقال الموكل: «اشتريتُه بثمانين»، وقال الوكيل: «اشتريتُه بمائة»، والعبد يساوي مائة، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يقبل قولُ الوكيل عليه كما يقبل قوله فِي التسليم والتلف.

والثاني: لا يُقبل قولُه عليه، لأنه حقٌّ يتعلق بغيره، وكذلك كلُّ ما اختلفا فيه فما يتعلق بحق غيرهما؛ من بائعٍ، أو مُشْتَرٍ، أو صاحب حق، فإن المسألة علىٰ قولين، وقد ذكرناها فِي أول «كتاب[1] الوكالة».

فرع

إذا وَكَّل مسلمٌ ذميًّا؛ صح التوكيلُ، لأنه ليس من شرط التوكيل فِي البيع والشراء الدِّينُ، ألا ترىٰ أنه يجوز أن يوكل فاسقًا فِي ذلك، ولأنَّا قد ذكرنا أن كلَّ مَن صح تصرفُه فِي شيء وكان ذلك مما تدخله النيابةُ صح أن يتوكل فيه لغيره، وإذا وَكَّل الكافِرُ مسلمًا صح التوكيلُ لما ذكرناه.

فرع

إذا وَكَّل المسلمُ مرتدًّا، فإن ردته لا تؤثِّر فِي عمله، وإنما تؤثِّر فِي ماله،

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

وكذلك إن كان الوكيلُ مسلمًا، ثم ارتد، لم تبطل الوكالة، لأن الردة لا تمنع ابتداء الوكالة، فلم تمنع استدامتها، وإن وَكَّل المرتدُّ مسلمًا فِي بيع ماله كان ذلك مبنيًّا علىٰ الأقاويل فِي زوال ملك المرتد، فإن قلنا يزولُ ملكُه أو لا يصحُّ تصرفه، لم تصح الوكالة، وإن قلنا لا يزولُ ملكُه ويصحُّ تصرفه، صحت الوكالة، وإن وَكَّله - والموكل مسلم - ثم ارتد، فهل يبطل توكيله أم لا؟ مبني علىٰ ما ذكرناه.

فرع

إذا وَكَّل رجلٌ امرأته فِي بيع أو شراء أو غيره؛ مما عدا النكاح، صح؛ لما ذكرنا من التعليل، فإن طلقها لم تبطل الوكالة، لأن الطلاق لا يمنع ابتداء الوكالة، فلم يمنع استدامتها.

فرع

إذا أذن لعبده فِي التصرف فِي ماله، ثم باعه أو أعتقه، فهل يبطل ذلك أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يبطل، لأن البيعَ والعتقَ لا يمنعان ابتداء الإذن والتوكيل، فكذلك لا يقطعان استدامته.

والثاني: يبطل، لأن ذلك ليس بتوكيل علىٰ الحقيقة، وإنما هو استخدامٌ له بحق الملك، فإذا باع أو أعتق زال الملك، فبطل ذلك الاستخدام.

فرع

إذا توكَّل العبدُ لرجل أجنبي بإذن سيده، صح التوكيلُ، فإذا أعتقه سيده، أو باعه، فهل يبطل ذلك أم لا؟ اختلف أصْحابُنا فيه، فمنهم من قال: المسألة علىٰ وجهين، كما ذكرنا فِي الفرع قبله، لأن الوكالة متعلقةٌ بإذن سيده هاهنا، ومنهم من قال: لا تبطل، وجهًا واحدًا، لأن هذا توكيلٌ فِي الحقيقة، والبيعُ

والعتقُ لا يمنعان ابتداء توكيله، فكذلك لا يقطعان استدامته، ويفارقُ توكيلَ سيده إياه، لأن ذلك ليس بتوكيل فِي الحقيقة، وإنما هو أمرٌ وإلزامٌ بحق الملك، وقد زال الملك، فبطل ذلك الأمر والإلزام، لأن زوال الملك يمنع ابتداءه، فقطع استدامته.

فَرع

إذا وَكَّل المكاتبُ رجلًا فِي التصرف فِي المال الذي فِي يده، صح ذلك، لأن له أن يتصرف فِي ذلك المال بنفسه، وذلك التصرفُ تدخله النيابة، فصح التوكيلُ فِي التصرف فيه، وليس للمكاتب أن يتوكل لغيره بغير جُعْل، لأن حق سيده يمنعه من التبرع بمنافعه.

فَرع

إذا وَكَّل رجلٌ عبدًا فِي شراء نفسه من سيده، فهل يصحُّ ذلك، أم لا؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: يصحُّ كما لو وَكَّله فِي شراء عبد آخر بإذن سيده، **والثاني**: لا يصحُّ، لأن يدَ العبد كيدِ سيده، وإيجابُه وقبولُه بإذنه بمنزلة إيجابِ سيدِه وقبوله، وإذا كان كذلك، وأوجب له سيده نفسه، وقبِله هو، صار كأن السيد هو الموجب القابل للبيع، وذلك لا يصحُّ، فكذلك هذا.

فإن قلنا لا يصحُّ، فلا كلام، وإن قلنا يصحُّ، فإن ذَكَر حال الشراء أنه يشتري نفسه لفلان، وقع الشراء له فطالب السيد الموكل بالثمن وإن أطلق العبدُ ذلك ثم اختلفا، فقال السيد «اشتريتَ نفسَك مني لا للموكل، فطالِبْ بالثمن»، وقال العبد «لم أشْترِ نفسي لي وإنما اشتريتُها لموكلي»، كان القولُ قولَ السيد، لأن الظاهر من تصرفه أنه لنفسه دون غيره.

فَرع

العبدُ المأذونُ له فِي التجارة لا يجوزُ له أن يتوكل لغيره، ولا يجوزُ أن

يوكِّل غيره إلا بإذن سيده، لأن الإذن فِي التجارة لا يقتضي الإذن فِي التوكيل، ولهذا نقول: إن العبد المأذون له فِي التجارة لا يملكُ بالإذن أن يكري نفسه ولا أن يعقد علىٰ منافعه عقد الإجارة، والله أعلم.

فرع

إذ وَكَّل رجلًا فِي بيع مال له، فباعه، كان له أن يسلِّمه إلىٰ المشتري؛ لأن إطلاق الإذن فِي البيع يقتضي التسليم، لأن ذلك من موجبه ومقتضاه.

وهل يقتضي الإذن فِي تسليم الثمن من المشتري، أم لا؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: يقتضي ذلك، لأنه من موجب عقد البيع كتسليم المبيع، **والثاني**: لا يقتضيه، لأنه ربما لم يأمنه فِي قبض الثمن.

فإن باع السلعةَ وسلَّمها وأفلس المشتري وتعذَّر عليه أداء الثمن إلىٰ الموكل، فإن قلنا إن إطلاق الإذن فِي البيع يقتضي الإذن فِي تسليم الثمن لم يكن له أن يسلِّم المبيع إلا مع قبض الثمن، فإذا لم يفعل ذلك كان للموكل أن يغرمه قيمة المبيع، لأنه تعدَّىٰ بتسليم ماله من غير قبض ثمنه، وإن قلنا لا يقتضي ذلك لم يكن له أن يغرم الوكيل لأنه ما تعدىٰ فِي التسليم، وكذلك إذا وَكَّله فِي الشراء اقتضىٰ ذلك الإذن فِي تسليم الثمن، وهل يقتضي الإذن فِي تسليم المبيع؟ علىٰ وجهين كما ذكرنا.

فرع

إذا وَكَّله فِي تثبيت مالٍ له علىٰ خصمه فثبته عليه، لم يكن له أن يقتضيه منه، لأنه وَكَّله فِي التثبيت، ولم يُوَكِّله فِي القبض، ولأنه قد يكونُ جلدًا فِي الخصومة فيستصلحه بها، ولا يكون ثقة فلا يأمنه علىٰ قبض المال.

وإن وَكَّله فِي قبض المال فجحد الذي عليه المال، فهل يكون ذلك التوكيلُ متضمنًا لجواز التثبيت أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يتضمنُ ذلك كما إذا وَكَّله فِي التثبيت لم يتضمن الإذن فِي القبض، ولأنه قد يكون أمينًا فيأمنه علىٰ القبض، أو يكون لينًا فِي الخصومة، فلا يصلح لها.

والثاني: أنه يتضمنُ الإذن فِي التثبيت، لأنه طريق إلىٰ القبض، فكان الإذنُ فِي القبض إذنًا فِي تثبيت الحق.

فرع

إذا وَكَّله فِي قبض حقٍّ له علىٰ رجل، ثم مات الذي عليه الحقُّ، فهل للوكيل أن يطالب الورثة بذلك الحق أم لا؟

يُنْظر، فإن كان قال: «وكلتُك فِي قبض حقِّي من فلان»، لم يكن له مطالبة الورثة، لأن اللفظ لم يتناول إلا الموروث، وإن قال: «وكلتُك فِي قبض حقِّي الذي علىٰ فلان»، كان له مطالبة الورثة به لأن ذلك من المطالبة بحقِّه الذي كان له علىٰ فلان الميت.

• فَصْلٌ •

إذا وَكَّل رجلًا فِي بيع مال له فباعه، كان للموكل والوكيل المطالبة بالثمن، وقال أبو حنيفة: للوكيل المطالبة، وليس ذلك للموكل.

واحتج من نصره بأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد - وهو الوكيل - الذي يدلُّ علىٰ صحة هذا أن الوكيل إذا عقد الصرفَ بوكالةٍ ثم فارق الذي عقد معه العقدَ قبل التقابض، بطل الصرفُ وإن كان الموكل حاضرًا لم يفارق المجلس، فإذا فارق مُوَكِّله المجلس قبل القبض لم يبطل الصرف إذا كان الوكيل حاضرًا، وكذلك خيار المجلس علىٰ قولكم يثبت وينقطع بمفارقة الوكيل دون مفارقة الموكل، فإذا ثبت أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل،

فالمطالبة بالثمن منها ينبغي أن يكونَ إليه دون موكله.

ودليلُنا: أن كل ما صح قبضُه لنفسه كان له المطالبة به، الدليلُ عليه الديونُ التي تثبت للموكل من غير هذه الجهة إذا استناب الوكيل فيها.

وأيضًا، فإن كلَّ دينٍ كان للوكيل المطالبةُ به بالوكالة كان لموكله المطالبةُ به، الدليلُ عليه سائرُ الديون التي تثبت بتصرف الموكل، ولأن الثمن ثبت للموكل دون الوكيل، ودخل فِي ملكه فِي مقابلة الثمن الذي زال ملكه بالعقد، وإذا كان الثمن ملكًا له كان له المطالبة به.

فأما الجوابُ عن استدلالهم فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يبطلُ بقبض الثمن، فإنه من حقوق العقد، ومع هذا يصحُّ من الموكل.

والثاني: أنه وإن كان من حقوق العقد، غير أنه نائبٌ فيه عن الموكل، فكان للموكل المطالبة بما استناب فيه الوكيل كالقبض.

ودليلُنا[١] أن المعنىٰ فِي الأصل أنه من شروط العقد - وهو التقابض فِي الصرف - والشروط تتعلق بالعاقد، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإن المطالبة بالحق من حقوق العقد لا من شرائطه، فثبت له كما ثبتت سائر الحقوق.

• فَصْلٌ •

هذا فِي المطالبةِ بالثمنِ الذي يثبتُ بالعقد الذي عقده الوكيلُ، فأما الإبراءُ منه فليس للوكيل ذلك، وإذا أبرأ الوكيل بغير إذن الموكل لم يصحَّ ذلك، وقال أبو حنيفة: يصحُّ ذلك.

---

(١) لعل هذا هو الوجه الثالث، فإن المصنف رَحِمَهُ اللهُ قال: فأما الجواب عن استدلالهم فمن ثلاثة أوجه.. ثم إنه نصَّ علىٰ الأول والثاني فقط.

واحتج من نصره بأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد - وهو الوكيل - والذي يثبت له علىٰ المشتري؛ إنما هو المطالبة بالثمن، وكُلُّ من يثبت له المطالبة بالحقِّ كان له إسقاطها بالإبراء، لأنه ليس فِي ذلك أكثر من إسقاط المطالبة.

ودليلُنا: أن كل ما صح إبراء الموكل منه وجب أن لا يصح إبراء الوكيل منه من غير إذن الموكل، الدليلُ عليه المالُ الذي يثبت من غير جهة الوكيل، ولأن كلَّ مالٍ لا يملك الوكيلُ هبته بعد القبض، لا يملكُ الإبراء منه قبل القبض، الدليل عليه ما ذكرنا.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أن المال لم يثبت بالوكيل وليس كذلك فِي مسألتنا، فإن المال يثبت بالوكيل، فكان له إسقاطه.

فالجوابُ عنه من وجهين:

أحدهما: أن هذا منتقضٌ بثلاث مسائل؛ بالعبد المأذون له فِي التجارة إذا باع شيئًا وثبت له الثمن، فإن للسيد أن يسقطه وليس للعبد إسقاطه، وكذلك إذا أذن الوصي لليتيم فِي البيع فإن حقوق العقد تتعلق به والثمن يثبت بتصرفه ولا يملك إسقاطه، وكذلك الأبُ، إذا زوج ابنته لم يملك إسقاط مهرها، وقد ثبت لها بتصرفه.

والثاني: أن هذا الحقَّ وإن كان ثبت بتصرف الوكيل، فإنما ثبت للموكل، وما ثبت لغيره لم يكن له إسقاطُه بغير إذنه، الدليلُ عليه ما ذكرنا من المسائل الثلاث.

فأما الجوابُ عن استدلالهم؛ فمن وجهين:

أحدهما: أنا لا نسلِّم أنه ليس فيه أكثر من المطالبة الذي يدلُّ علىٰ هذا إذا حال الحولُ علىٰ مالٍ له فِي ذمة رجل، وكان حالًّا، وكان الذي عليه الحق مليًّا لزمه الزكاة فيه كما يلزمه فِي الأموال التي فِي يده، ولو لم يكن

هناك إلا مطالبة مجردة؛ لم تثبت الزكاة إذا حال الحول.

والوجه الثاني: أنه يبطل عليهم بالمسائل الثلاث التي ذكرناها.

فرع

إذا أذن له فِي شراء شيء فاشتراه له، وذكر حال العقد أنه يشتريه لموكله، كان للبائع أن يطالب أيهما شاء من الوكيل والموكل بالثمن، قال أبو العباس: ويكون دخول الوكيل فِي هذا التصرف بمنزلة دخول الضامن فِي الضمان؛ فإن أعطاه الثمنَ أحدُهما فقد وفَّاه حقَّه، فإن كان الوكيل هو الذي أعطىٰ كان له الرجوع علىٰ الموكل بما وزن عنه، وإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل، وإن أبرأ الموكل برئ الوكيل، لأن الموكل أصلٌ والوكيل فرع.

هذا الكلامُ فِي مطالبة البائع بالثمن، وكذلك إن كان وكيلًا فِي البيع، فإن للمشتري أن يطالب من شاء منهما بتسليم المبيع إليه.

فرع

إذا وَكَّله فِي بيع عبدٍ ثم أعتقه أو باعه؛ بطلت الوكالة، وكذلك إن وَكَّله فِي نقْل امرأتِهِ إلىٰ دارِهِ، ثم إنه طلقها بطلت الوكالة؛ لأن التصرف الذي أذن فيه قد بطل بإعتاقه وبيعه وطلاقه، ولأن ملك الموكل زال بذلك فهو كما لو مات العبد، والله أعلم.

فرع

إذا وَكَّل رجلين فِي التصرف؛ فإن صرح لكُلِّ واحدٍ منهما بالتصرُّف علىٰ الانفراد، فكلُّ واحِدٍ منهما وكيلٌ منفرد، وتصرفُ أحدِهما لا يقفُ علىٰ موافقة الآخر عليه، فإن مات أحدُهما أو غاب أو عزل نفسه، كان للآخر التصرفُ.

فأما إذا أطلق ذلك فقال: «وكلتُكما فِي التصرف فِي كذا»، كان الظاهر من ذلك أنه توكيلٌ لهما علىٰ الاشتراك، فليس لأحدهما أن يتصرف حتىٰ يوافقه الآخر عليه.

ويفارق إذا باع من اثنين حيث قلنا إن كل واحِدٍ منهما ينفردُ بالقبولِ والردِّ والتسليم وغير ذلك؛ لأن فِي تلك المسألة ينصف المبيع بينهما فيثبت لكُلِّ واحِدٍ منهما نصفُ المبيع دون جميعه، فانفرد بأحكامه، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإن الوكالة قد تثبت لكُلِّ واحِدٍ منهما فِي جميع التصرف الذي جعله إليهما، ولم ينتصف، حتىٰ يكون لأحدهما التصرف فِي نصف ما وَكَّل فِي التصرف فيه، ويكون للآخر التصرف فِي نصفه، والذي يبين هذا أنه يجوز أن يوكل وكيلين فِي شيء واحد ليبيعاه ولا يصحُّ أن يثبت ملك شيء واحد لاثنين، لكُلِّ واحِدٍ منهما جميعه، فإذا ثبت أن التصرف علىٰ وجه الاشتراك، فإذا غاب أحدهما لم يكن للآخر التصرف وإن مات أو عزل نفسه لم يكن للآخر التصرف، وليس للحاكم أن يقيم آخر مكانه حتىٰ يتصرف مع هذا أو ينضاف إليه.

فإن قيل: أليس قد قلتم إن أحد الوصيين إذا مات أو عَزَلَ نفسه كان للحاكم أن يقيم أمينًا مقامه حتىٰ ينضاف إلىٰ صاحبه فيتصرفان معًا.

قيل: لأن الحاكم له النظر فِي مال اليتيم، وليس له النظرُ فِي مال الموكِّل الرشيد الذي ليس بمولىٰ عليه، ألا ترىٰ أن للحاكم أن ينصب أمينًا علىٰ مال اليتيم إذا لم يكن وصي، وليس له أن ينصب وكيلًا فِي مال الغائب الرشيد، إذا لم يكن له وكيل، فبان الفرقُ بينهما.

فَرع

إذا وَكَّل وكيلين وكالةً مشتركةً، فغاب أحدُهما، وحضر الآخرُ عند

الحاكم، فادَّعىٰ الوكالة، وأقام علىٰ ذلك شاهدين؛ شهدا أن فلانًا وَكَّل هذا الرجل، وفلانًا الغائب، سمعها الحاكم، وحكم له بثبوت الوكالة، ثم يُنْظر، فإن كانت الوكالة علىٰ الانفراد ثبت له التصرف، وإن كانت علىٰ الاشتراك لم يثبت له التصرف حتىٰ يحضر الآخر، ويوافقه علىٰ تصرفه، فإذا حضر وادَّعىٰ الوكالة عند الحاكم حكم له بها، لأن سماع البينة علىٰ حمله التوكيل قد تقدم، فلا معنىٰ لإعادة السماع.

فإن قيل: قد حكمتم بالشهادة للغائب، وذلك لا يجوزُ.

فالجوابُ: أنا سمعناها فِي حق الغائب علىٰ وجه التبع لحقِّ الوكيل الحاضر، ومثل ذلك يجوز، ألا ترىٰ أن رجلًا لو ادَّعىٰ أن هذا العقارَ موقوفٌ عليه وعلىٰ البطون التي بعده، وأقام البينة علىٰ ذلك حكم بها الحاكم، وثبت الوقفُ فِي حقِّ المدعي المقيم البينة وفِي حقِّ البطون التي بعده، لأن ذلك علىٰ وجه التبع للمدعي الحاضر فكذلك هاهنا.

• فَصْلٌ •

إذا وَكَّل رجلًا فِي شراء سلعة، فاشتراها بثمن مثلها، فإن ملكها يقع للموكِّل من غير أن يدخل فِي ملك الوكيل.

وقال أبو حنيفة: يدخُلُ أولًا فِي ملك الوكيل، ثم ينتقلُ الملكُ إلىٰ الموكل، واحتج بشيئين:

أحدهما: أن ثبوتَ الملك بالعقد [من حقوق العقد، وحقوقُه تتعلَّق بالعاقد، ألا ترىٰ أن الصرف يبطلُ][1] بمفارقة الوكيل قبل القبض، وينبرم العقد بمفارقته مع حضور موكله، فكذلك ينبغي أن يتعلق الملكُ بالوكيل،

(١) موضعه سواد في (ص) والمثبت من (ف).

فيثبت له، ثم ينتقل إلىٰ الموكل.

والثاني: أنه إذا تعدىٰ فاشترىٰ به أكثر من ثمن المثل وقع الملكُ له.

فلو كان الملك لا ينتقلُ إليه لوجب أن لا يقع له إذا تعدىٰ، ألا ترىٰ أنه إذا كان وكيلًا فِي النكاح لم يقع العقدُ له وإن تعدىٰ فيه، لأن الملك بالنكاح لا ينتقل إليه، وإنما ينتقل إلىٰ الموكل.

ودليلُنا أنه[١] قبِلَ لغيره بيعًا صح له، فوجب أن ينتقل الملك إليه دونه كالحاكم وأمينه.

فإن قيل: إنما قلنا إن الملك لا يقع للحاكم، لأن ذلك يؤدي إلىٰ أن يصير خصمًا للبائع، والحاكم لا يجوزُ أن يكونَ خصمًا لأحد المتعاقدين، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن النائب ليس بحاكم فكونه خصمًا لا يضر، فلهذا قلنا إن الملك ينتقل إليه أولًا.

فالجوابُ: أنه وإن صار الحاكم خصمًا، فإنما يصير خصمًا ليدفع الظلم عن اليتيم، والحاكمُ يلزمُه أن يدفع الظلمَ عن اليتيم بكل حال.

والثاني: أنه يبطلُ بثبوت تسلم المبيع، ووجوب تسليم الثمن، فإنهما يتعلقان بالحاكم وإن كان يصير خصمًا فيهما.

ويدلُّ عليه أيضًا لو كان وكيلًا فِي شراء من يعتق عليه لم يعتق عليه، فلو كان الملك قد انتقل إليه لوجب أن يعتق عليه.

فإن قيل: إنما لم يعتق عليه لأن ملكه لا يثبت، وإنما ينتقل عنه فِي الحال إلىٰ الموكل.

فالجوابُ: أنه ليس من شرط العتق ثبوت الملك واستدامته، ألا ترىٰ أنه

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

إذا اشترىٰ من يعتق عليه لنفسه عتق عليه فِي الحال، وإن كان ملكه لم يثبت عليه بالتسليم، ولأنه توكيلٌ فِي عقد معاوضة فوجب أن لا يثبت الملك فيه للوكيل، أصله: إذا وَكَّل فِي البيع، فإن المبيع لا يدخُلُ فِي ملك الوكيل، وإنما ينتقل من الموكل إلىٰ المشتري.

فأما الجوابُ عن دليلِهِم الأول، فهو أن نقول: يبطلُ عليكم بانتقال المبيع، فإنه من حقوق العقد، ولا يتعلق بالوكيل؛ لأنه ينتقلُ عن الموكل، ولا ينتقل عن الوكيل، وقد بينا الفرقَ بين حقوق العقد وشرائطه فيما مضىٰ.

وأما الجوابُ عن دليلِهِم الثاني، فهو أن الوكيل إذا تعدىٰ فقد تصرف للموكل تصرفًا لم يأذن له فيه، فلهذا وقع له دونه [فأما إذا](١) تصرف له تصرفًا صحيحًا وقع الملك للموكل لأن العقد قد صح له علىٰ ما بيناه.

• فَصْلٌ •

إذا وَكَّل مسلمٌ ذميًّا فِي شراء خمْرٍ؛ لم تصح الوكالة، وإن ابتاع الذميُّ له لم يصحَّ البيع.

وقال أبو حنيفة: يصحُّ التوكيل [والبيع معًا](٢) وعنده أن المسلم لا يملك الخمرَ إذا تولىٰ شراءها بنفسه، فلا يصحُّ ذلك الشراء وإذا اشتراها له وكيله الذمي صح الشراء.

واحتج من نصره بأن الخمر مالٌ من أموال أهل الذمة، بدليل أنهم يعتقدونها مالًا، ويقرون علىٰ ذلك، ويصحُّ بيعهم وشراؤهم لها، فجاز توكيلهم فيها، أصله: سائر أموالهم.

ودليلُنا: أن كلَّ ما لا يجوزُ للمسلم شراؤه، لم يَجُزْ له التوكيل فيه، أصله:

(١) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).
(٢) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

الدم والميتة.

ولأن كلَّ عقد لا يصحُّ من المسلم مباشرته بنفسه لم يصحَّ منه التوكيل فيه كما ذكرنا، أصله: نكاح المجوسية.

ولأن عقده بنفسه آكد من عقد وكيله له، فإذا لم يصحَّ ذلك منه إذا تولاه بنفسه لم يصحَّ إذا استناب فيه غيره.

فأما الجوابُ عن استدلالهم، فهو أنَّا لا نسلِّم أن الخمر مال، وإنما هي بمنزلة الميتة والدم والخنزير والبول، ولا اعتبار باعتقادهم، وإنما الاعتبار بشريعتنا فما جعلته مالًا كان مالًا، وما لم تجعله مالًا لم يكن مالًا، ولا يجوزُ أن يكونَ إقرارُنا إياهم علىٰ ذلك دليلًا علىٰ أنه مالٌ واعتقادٌ صحيح، ألا ترىٰ أنَّا نقرُّهم علىٰ تكذيب رسول الله ﷺ واعتقادهم ذلك، ولا يدلُّ ذلك علىٰ أنه اعتقادٌ صحيح، وكذلك نقرُّهم علىٰ نكاح ذوات المحارم، ولو رفعوه إلينا لم نحكم بصحته، ولم نورِّث به، فكذلك نقرهم علىٰ الخمر، ولا يدلُّ ذلك علىٰ أنها مال.

• فَصْلٌ •

إذا وَكَّله فِي بيع فاسدٍ، مثل أن يُوَكِّله فِي البيع والشراء إلى أجل مجهول كالبيع إلى قدوم الحاج، وإدراك الزرع؛ لم يملك بالتوكيل البيع الصحيح.

وقال أبو حنيفة: يملك بذلك البيع الصحيح، فإذا باع له واشترىٰ إلىٰ أجل معلوم صح البيع، واحتج بأن هذا مبنيٌّ علىٰ أصله، لأن عنده يملك بالبيع الفاسد، فإذا وَكَّله فِي بيع فاسد فقد وَكَّله فِي بيع يقع الملك به فِي الشرع، فهو كالوكيل فِي البيع الصحيح.

ودليلُنا: أنه وَكَّله فِي بيع فاسد، فوجب أن لا يملك به البيع الصحيح، أصله: إذا وَكَّله فِي بيع خمرٍ أو خنزير أو دمٍ أو ميتة، فباع بالدراهم والدنانير

لم يصحَّ البيع، ولأن البيع الفاسد يجب فسخه، ولا يلزم به الملك، [والبيعُ الصحيحُ لا يجبُ فسخُه، ويلزمُ به الملكُ][١]، فإذا كان كذلك، فإذا أذن له فيما لا يلزم به الملك وجب ألا يملك به ما يلزم به الملك، كما لو وَكَّله فِي البيع بخيار الثلاث فباع بلا خيار، مع أن البيع بالخيار لا يجب فسخه، والبيعُ الفاسدُ يجبُ فسخُه.

فأما الجواب عن استدلالهم، فهو أنَّا لا نسلِّم الأصل، لأن عندنا لا يصحُّ البيع الفاسد بحال، ولا يملك به، وإن سلمناه، فإن الملك لا يلزمُ به ويلزمُ بالبيع الصحيح، فإذا أذن له فِي أحدهما لم يملكْ به التصرف فِي الآخر، كما لو أذن له فِي البيع بخيار الثلاث فباع بلا خيار، فإن البيع لا يصحُّ، لأنه خالفه فيما أذن له فيه، فكذلك هاهنا، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا وَكَّل صبيًّا فِي بيع أو شراء أو غيرهما، لم يصحَّ التوكيلُ، ولو تصرف لم يصحَّ تصرفه.

وقال أبو حنيفة: يصحُّ توكيله، وإذا تصرف صح تصرفه إذا كان يعقل ما يقول، ولا يفتقر ذلك إلىٰ إذن وليه.

واحتج من نصره بأنه يعقلُ ما يقول ويحسنُ أن يعبر عن موكله، فصح توكيله قياسًا علىٰ البالغ، ولأنه مميز مولىٰ عليه فجاز توكيله، الدليل عليه: العبد.

ودليلُنا: قوله ﷺ: «**رُفع القلمُ عن الصبيِّ حتى يحتَلِمَ**»[٢]، ولأنه غيرُ مكلف، فلم يصحَّ تصرفه بالوكالة قياسًا علىٰ المجنون.

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) أخرجه أحمد (١١٨٣) وأبو داود (٤٤٠٣) من حديث علي رضي الله عنه.

ومعنىٰ قولنا (غير مكلف)، هو أنه لا يعاقب علىٰ ترك الطاعات الشرعية، ولأنه لا يصحُّ طلاقه، فلم يصحَّ توكيلُه، وتصرفُه، أصله: ما ذكرناه.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم الأول، فهو أنه يبطل بالطلاق، فإنه يعقل معناه، ولا يصحُّ من الصبي بالإذن، والمعنىٰ فِي الأصل أنه مكلف، والصبي غير مكلف، فلم يصحَّ توكيله.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على العبد، فهو أن المعنىٰ فِي العبد أنه مكلف، وليس كذلك الصبي، فإنه غير مكلف، أو المعنىٰ أنه يصحُّ طلاقه، والصبي بخلافه، فافترقا.

فرع

[إذا وَكَّل رجلًا فِي بيع سلعة بمائة فباعها][(١)] بأكثر صح البيع؛ لأنه زاده خيرًا، وإن باعه بأقل من مائة لم يَجُزْ، لأنه خالف أمره علىٰ وجه يضر بالموكل.

فأما إذا وَكَّله فِي شراء سلعة بمائة فاشتراها بأكثر، لم يصحَّ، لأنه خالف المأمور علىٰ وجه يضر بالموكل، وإن اشتراها بدونها جاز، لأنه زاده خيرًا، والإذن فِي الشراء بمائة متضمن للإذن فِي الشراء بدونها، لأن ذلك أنفع له.

وإن أذن له فِي شرائها بمائة ونهاه عن شرائها بخمسين، فإن اشتراها بمائة صح، وإن اشتراها بخمسين لم يصحَّ، لأنه خالف صريح لفظه واشترىٰ شراء نهاه عنه.

وإن اشتراها بدون الخمسين، فهل يصحُّ أم لا؟ علىٰ وجهين؛ **أحدهما**: يصحُّ، لأن الإذن فِي المائة يتضمنُ الإذن فيما دونها، إلا حيث صرح فيه

---

(١) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

بالنهي عنه، **والثاني**: لا يصحُّ، لأنه صرح بالنهي عن الشراء بخمسين، فتضمن ذلك النهي عن الشراء بما دونه.

فرع

إذا أعطاه دينارًا، وقال: «اشتر به شاةً»، فاشترىٰ به شاتين، نُظِر، فإن كانت كلُّ واحِدة منهما لا تساوي دينارًا لم يصحَّ الشراء فيهما، لأن إطلاق إذنه اقتضىٰ أن يشتري له شاة تساوي دينارًا إما بالدينار أو بما دونه، ألا ترىٰ أنه إذا اشترىٰ شاة واحدة بدينار ولا تساوي دينارًا لم يصحَّ.

ولو اشترىٰ شاة بخمسة دوانيق ولا تساوي دينارًا لم يصحَّ وإن كانت تساوي أكثر من خمسة دوانيق، لأنه لم تصحَّ له شاة تساوي دينارًا - وهو المقصود الذي قصده، فأما إذا اشترىٰ شاتين كل واحدة منهما تساوي دينارًا، فإن المذهبَ المشهورَ أن الشراءَ يلزمُ الموكل، وتكون الشاتان له.

وذكر الشافعي[1] فِي «كتاب الإجارات» أن إحداهما تلزمه[2] بنصف دينار، وهو بالخيار فِي الأخرىٰ، إن شاء أمسكها بالنصف الآخر، وإن شاء ردها ويرجع علىٰ الوكيل بنصف دينار.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولا وجه لهذا القول عندي إلا أن يكونَ بناء علىٰ القول الذي حكي عن الشافعي فِي البيع الموقوف أنه يجوز، وقد حكىٰ القاضي أبو حامد فِي جامعه عن الشافعي أنه قال: إذا وَكَّله فِي بيع سلعة فباعها بما لا يتغابن الناس بمثله كان له أن يرد البيع، وهذا أيضًا بناءً علىٰ ما ذكرنا من ذلك القول، والمذهبُ الصحيحُ ما ذكرنا.

وقال أبو حنيفة: يلزم الموكل البيع فِي أحد الشاتين بنصف دينار، ويلزم

---

(١) الأم (٤/ ١١٦).

(٢) في (ص): «لا تلزمه»، وزيادة حرف النفي غلط.

الوكيل فِي الأخرىٰ بنصف دينار، ويرجع الموكل عليه بنصف دينار.

واحتج من نصره بأن الموكل ما رضي إلا بعهدة شاة واحدة، حتىٰ إذا خرجت مستحقة لم يرجع عليه إلا بقيمة شاة إن كانت تالفة، فإذا اشترىٰ له شاتين فقد ألزمه من العهدة ما لم يرض به فلم يلزمه إلا القدر الذي رضي به.

ودليلُنا: ما روي أن النبي ﷺ أعطىٰ عروةَ البارقيَّ دينارًا ليشتري له شاةً للأضحية فاشترىٰ به شاتين، وباع إحداهما بدينار، وجاء إلىٰ النبي ﷺ بشاة ودينار فقال: هذه الشاة وهذا ديناركم، فقال له النبي ﷺ: «**كيف صنعت؟**» فأخبره، فقال له: «**بارك الله لك فِي صفقة يمينك**»[١].

ومن القياس أنه[٢] أتىٰ بالمأمور وزيادة من جنسه تنفعه، فوجب أن نلزمه، أصله: إذا أذن له أن يبيع بمائة فباع بمائتين.

[**فأما الجوابُ عن استدلالهم**، فهو أنه يبطل به إذا أذن له فِي البيع بمائة فباع بمائتين][٣]، فإنه ما رضي إلا بعُهدة مائةٍ، وقد ألزمه العهدة بمائتين، ولزمه ذلك.

إذا ثبت هذا؛ فإن باع الوكيلُ إحدىٰ الشاتين قبل أن يأذن له الموكل فِي ذلك، ففيه وجهان:

أحدهما: يصحُّ بدليل حديث عروة، فإنه باع إحدىٰ الشاتين، وأمضىٰ ذلك رسول الله ﷺ.

والثاني: أنه لا يصحُّ، لأنه لم يأذن له فِي البيع، فلم يَجُزْ كما لو باع سائر

(١) أخرجه أحمد (١٩٣٦٢) وأبو داود (٣٣٨٤)، وأخرجه البخاري (٣٦٤٢) بنحوه.
(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).
(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

أمواله التي لم يأذن له فيها، وعلىٰ هذا نتأول حديث عروة علىٰ أنه كان وكيلًا مطلقًا فِي التصرف، وكان له البيع والشراء علىٰ الإطلاق، فأما إذا كانت إحدىٰ الشاتين تساوي دينارًا والأخرىٰ تساوي دونه.

والمذهبُ الصحيحُ أن البيع فيهما يلزم فِي حقِّ الموكل فإن باع التي تساوي دينارًا من غير إذنه لم يصحَّ البيع؛ لأنه لم يحصُلْ له المقصود، وإن باع الأخرىٰ فعلىٰ الوجهين.

فَرع

إذا وَكَّله فِي بيع عبد بمائة درهم، فباعه بمائة وثوب، ففيه وجهان؛ **أحدهما**: يصحُّ، لأنه زاده خيرًا، فهو كما لو باعه بمائتين، **والثاني**: لا يجوزُ، لأنه أذن له فِي البيع بجنس وقد باع بجنس آخر لم يأذن له فيه، فلم يَجُزْ.

إذا ثبت هذا، فإذا قلنا يجوز، فلا كلام، وإذا قلنا لا يجوزُ، بطل البيع فِي القدر الذي قابل الثوب وفِي الباقي هل يبطل أم لا؟ مبني علىٰ تفريق الصفقة.

فإن قلنا لا تُفرق الصفقة، بطل البيع فِي الجميع، وإن قلنا تُفرق، صح فِي الباقي، ويلزمه البيعُ فيه بحصته، وذلك مثل أن يساوي الثوب الذي مع المائة مائة درهم فيمسك المشتري نصف العبد بنصف الثمن - وهو المائة - ويكون بالخيار، لأن الصفقة تبعضت عليه.

فَرع

إذا وَكَّله فِي شراء عبد بمائة، فاشترىٰ نصفه بخمسين، لم يَجُزْ، لأنه قصد جميع العبد، ولم يحصل له ذلك، والذي حصل له من العبد ناقصٌ بالشركة فيه، فلذلك لم يصحَّ البيعُ ويلزم الوكيل دون الموكل، وإذا أذن له

فِي شراء عبد بثوب، فاشتراه بنصف الثوب، جاز لأنه زاده خيرًا، فهو كما لو أذن له فِي شراء عبد بمائة، فاشتراه بخمسين، فإنه يجوز، ويكون الإذن فِي الشراء بالجملة إذنًا فِي الشراء بالبعض.

فرع

إذا وَكَّله فِي شراء عبدين وأطلق ذلك، فإن اشتراهما صفقة واحدة جاز، وإن اشتراهما صفقتين كلَّ عبدٍ صفقة؛ جاز.

فإن قيل: هلا قلتم إنه لا يجوزُ كما لو أذن له فِي شراء عبد، فاشتراه صفقتين، أنه لا يجوزُ.

فالجوابُ: أنه إذا بعَّض الصفقةَ فِي العبد الواحد حصل فيه نقصان بالاشتراك لأنه لما اشترىٰ [النصف حصل للموكل نصف] [١] العبد فصار العبد مشتركًا بينه وبين غيره، وليس كذلك إذا اشترىٰ عبدين كل واحِدٍ منهما صفقة؛ لأنه لم يحصل نقصان بالاشتراك فِي واحد منهما.

وأما إذا قال له: «اشترهما صفقةً واحدة»، فإن اشتراهما من رجل واحد صح [٢] لأنها صفقةٌ واحدة، فإن اشتراهما من رجلين من كلِّ واحِدٍ عبدًا، فقد ذكرنا فِي المسألة قولين.

فإن قلنا لا يصحُّ البيع، فلا كلام، وإن قلنا يصحُّ، فهل يصحُّ فِي الموكل فِي هذه المسألة؟ علىٰ وجهين؛ **أحدهما**: يجوز، اعتبارًا بالقبول، فإنه واحد، وكونه صفقتين من طريق الحكم، **والثاني**: لا يجوزُ، لأنهما صفقتان؛ علىٰ مذهبِ الشافعي، والله أعلم.

---

(١) طمس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) زيادة ضرورية.

• فَصْلٌ •

إذا علَّق الوكالةَ بصفة، مثل أن يقول «إن قدم الحاجُّ أو جاء رأسُ الشهر، فقد وكلتُك فِي البيع»، فإن ذلك لا يصحُّ، وقال أبو حنيفة: يصحُّ.

واحتج بأن التوكيلَ استنابة فِي التصرف، فجاز تعليقُها بالصفة كالوصية، لأنه يعلقها بموته.

وأيضًا، فإنه ليس فِي الوكالة أكثر من الإذن فِي التصرف، وذلك يجوز تعليقُه بصفة كما نقول فِي الإمارة، فإن رسول الله ﷺ أمَّر زيد بن حارثة علىٰ جيش مؤتة، وقال: «**فإن قُتل (فعبد الله بن جعفر)**[1]، **فإن قُتل فعبد الله بن رواحة**»[2] فعلق ذلك بصفة، ولأن أوامر الله تعالىٰ تتعلق بالصفات؛ مثل (أمره بالصلاة)[3] إذا دخل الوقت، وأمره بالزكاة إذا حال الحول، ونحو ذلك، فكذلك أوامر الآدميين، ولأن التصرفَ الموكَّل فيه يصحُّ منه تعليقُه بالصفة بإجماع منا، وهو أن يقول: «وكلتُك فِي بيع السلعة الفلانية إذا جاء الحاج»، فكذلك يصحُّ تعليقُ نفس العقد بالصفة ولا فرق بينهما.

ودليلُنا: أنه عقدٌ يملك به التصرف في حال الحياة، لم يبن علىٰ التغليب والسِّراية، فلم يَجُزْ تعليقُه بصفة كالبيع، ولا يدخُلُ عليه الوصية لأن التصرف بها لا يملك حال الحياة وإنما يملك بعد الموت، ولا يدخُلُ عليه الخلع لأن أمره مبنيٌّ علىٰ التغليب والسِّراية، فإنه لو خالعها فِي نصفها وقع الخُلْع علىٰ جميعها، ولو خالعها بنصف تطليقة كملت.

---

(١) كذا وقع في (ص، ف)، وهو غلط ظاهر إما من المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ أو من الناسخ، والصواب أنه «جعفر بن أبي طالب».

(٢) أخرجه البخاري (٤٢٦١) من حديث عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٣) في (ص)، (ف): «أمر الصلاة».

فأما الجوابُ عن دليلِهم الأول، فهو أن ذلك يبطل بمسألة من المضاربة، وهو أن يقول: «إذا جاء رأسُ الشهر، فقد عقدتُ المضاربة بيننا علىٰ هذا المال»، وذلك لا يصحُّ مع كونه استنابة، ثم المعنىٰ فِي الوصية أنها تصح فِي المجهول، فكذلك تعليقُها بصفة، والتوكيلُ لا يصحُّ مع الجهالة، فلم يصحَّ تعليقُه بالصفة.

فأما الجوابُ عن قولِهم إنه إذن فِي التصرف كالإمارة، فهو أن الإمارة التي استشهدوا بها لم تكن إلا مشورةٌ واتفاقٌ منهم عليه، وليس كذلك فِي مسألتنا لأنه عقدٌ يملكُ به التصرف علىٰ ما بيناه، فلهذا لم يصحَّ تعليقُه بصفة، ولأن الإمارة تصحُّ مع الجهالة، ألا ترىٰ أن عمر ﵁ جعلها شورىٰ فِي ستةِ نفَرٍ لم يعين واحدًا منهم، والتوكيلُ لا يصحُّ فِي تصرف مجهول، فلم يتعلق بالصفة والذي يؤكد هذا أن الجهالةَ والتعلقَ بالصفة يجريان مجرىٰ واحدًا، فكلُّ موضع صح العقدُ فيه[1] مع أحدهما صح مع الآخر، وكُلُّ موضع لا يصحُّ العقدُ فيه مع أحدهما لم يصحَّ مع الآخر.

وأما الجوابُ عن قولِهم إن أوامر الله تعالى يجوزُ تعليقُها بالصفة، فكذلك أوامرنا، فهو أن التمليكَ الشرعيَّ لما صح أن يتعلق بالصفة؛ مثل قوله: «**من أحيا أرضًا ميتةً؛ فهي له**»[2]، و: «**من قتل قتيلًا؛ فله سلبه**»[3] صح أن تتعلق أوامر (صاحب الشرع)[4] بالصفات، وليس كذلك تمليك الآدميين، فإنه لا يتعلق بالصفة، فإنه لو قال: من حرث (هذه الأرض وأصلحها فهي له)[5]،

---

(١) زيادة ضرورية.

(٢)أخرجه أبو داود (٢٣٣٥)، والترمذي (١٣٧٨) من حديث سعيد بن زيد ﵁، وأخرجه البخاري (٢٣٣٥) من حديث عائشة ﵂، بنحوه.

(٣)أخرجه البخاري (٣١٤٢) ومسلم (١٧٥١) من حديث أبي قتادة ﵁.

(٤)طمس في (ص) والمثبت من (ف).

(٥)طمس في (ص) والمثبت من (ف).

لم يصحَّ فكذلك لا يصحُّ أن تتعلق أوامرهم بالصفات.

وجواب آخر، وهو أن أوامر صاحب الشرع تصح مع الجهالة، فتعلقت بالصفات، وليس كذلك أوامر الآدميين، فإنها لا[1] تصح مع الجهالة، فلم تتعلق بالصفات.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن التصرف يتعلق بالصفة، فكذلك التوكيل، فهو أن ذلك إنما يصحُّ، لأن التوكيل قد صح فِي الحال من غير تأخير، وشرط التأخير فِي التصرف لا يضر، لأن التصرف بالوكالة ليس علىٰ الفور، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنه علق نفس الوكالة بالصفة، فلذلك لم تصح.

فرع

إذا وَكَّله فِي السلف فِي الطعام، فسلف فِي حِنطة؛ جاز، وإن سلف فِي شعيرٍ لم يَجُزْ، لأن إطلاقَ الطعام فِي العادة يرجعُ إلىٰ الحِنطة دون الشَّعير، والاعتبارُ فِي الوكالة بالعادة لا بحقائق الأسماء، ألا ترىٰ أنه إذا وَكَّله ببغداد فِي شراء خبز رجع في ذلك إلىٰ خبز الحِنطة دون غيره وإن كان خبز الشَّعير والذُّرة والأرز خبزًا فِي الحقيقة، ولو وَكَّله بطبرستان فِي شراء خبز فإن ذلك يرجع إلىٰ خبز الأرز دون غيره، فإن اشترىٰ خبز الحِنطة لم يَجُزْ.

فَرع

إذا كان علىٰ رجل دراهم فِي ذِمَّته، فأمره أن يسلفها لرجل فِي طعام أو غيره، ففعل، صح ذلك، فإذا اشترىٰ ذلك الطعام سلفًا ونقد ثمنه إلىٰ الذي أسلم إليه فيه، كان قضاء الدَّيْن نفسه إلىٰ من له عليه الدَّيْن، فإنه يدفع إلىٰ بائع الطعام بإذن صاحب الدَّيْن، فكان بمنزلة دفعه إليه أو إلىٰ وكيله، وإن لم يكن له عليه مال فأذن له أن يسلف رجلًا فِي طعام يشتريه له، ففعل ذلك،

---

(١) زيادة ضرورية.

صح أيضًا، إلا أن ما وزنه من المال يكون قرضًا له علىٰ الآمر؛ لأنه أذن له فِي قضاء دينه، فإذا قضاه رجع به عليه قرضًا له علىٰ الآمر، فيكون ذلك فِي المسألة الأولىٰ قضاء الدَّيْن الذي عليه، وفِي الثانية قضاء الدَّيْن الذي علىٰ موكله.

فَرع

إذا ادَّعىٰ رجلٌ أنه وكيلُ فلانٍ الغائب، وأقام علىٰ ذلك شاهدًا واحدًا، لم تُقبل يمينُه معه، لأن المقصود بالوكالة إثباتُ التصرف والولاية، فلم يقبل فيه الشاهد الواحد مع اليمين كما لو ادَّعىٰ رجل أنه وصي فلان الميت، وأقام علىٰ ذلك شاهدًا واحدًا لم تُقبل يمينُه معه، لأن المقصود بالوصية إليه إثباتُ التصرف فِي مالِ اليتيم والولاية عليه.

ويفارقُ هذا إذا ادَّعىٰ أنه أوصىٰ له بكذا وأقام علىٰ ذلك شاهدًا واحدًا حيث قلنا تُسمع يمينُه معه، لأن المقصود بذلك إثبات مال والشاهد واليمين يقبل فِي الأموال وإن أقام هذا الوكيل علىٰ دعواه شاهدًا وامرأتين لم تقبل تلك الشهادة لأن كل ما لا يقبل فيه الشاهد واليمين، لا يقبل فيه شاهد وامرأتان.

فَرع

إذا ادَّعىٰ رجل أنه وكيلُ فلان الغائب، وأقام علىٰ ذلك شاهدين؛ شهد أحدُهما أنه وكَّله، وشهد الآخرُ أنه وَكَّله ولكنه عزله؛ لم يُحكم له بالوكالة بتلك الشهادة، لأن الشاهد الثاني ما [أثبتَ للمشهود له وكالة ثابتة][1] فِي الحال، فوجودُ شهادته وعدمُها سواء.

فأما إذا شهد له بالوكالة فحَكَم بها الحاكمُ ثم قال أحد الشاهدين «كان

(١) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

قد عزله بعد أن وكله»، لم يقبل ذلك منه؛ لأنه ابتدأ الرجوعَ عن الشهادة بعد حكم الحاكم بها، وإن قال ذلك قبل حكم الحاكم لم يُحكم لأنه رجع قبل الحكم، ولا يجوزُ للحاكم أن يحكم بعد الرجوع، والله أعلم.

فرع

إذا شهد له أحدُهما بالوكالة، فقال «أشهد أنه وَكَّله يوم الخميس»، وقال الآخر «أشهد أنه وَكَّله يوم الجمعة»، لم يُحكم بالشهادة، لأنها شهادة علىٰ عقد، ولم يتفقا علىٰ عقدٍ واحد، لأن العقد يوم الخميس غير العقد يوم الجمعة.

ويفارق هذا إذا شهد أحدُهما أنه أقر أنه وكيلُه يوم الجمعة، [وشهد الآخرُ أنه أقر أنه وكيلُه يوم][1] الخميس؛ لأن هذه شهادة علىٰ إقرار، والشهادةُ علىٰ الإقرار لا تكون إلا متفرقة، لأن المشهود عليه لا يكلف أن يجيء الشُّهود فيقر بين أيديهم دفعة واحدة، وكذلك إذا شهد أحدُهما أنه أقر عنده بالفارسية أنه وكيلُه وشهد الآخر أنه أقر عنده بالعربية أنه وكيلُه؛ لأن هذا إقرار[2] والشهادةُ علىٰ الإقرار المتفرِّق مقبولة.

فرع

إذا شهد أحدهما، فقال «أشهد أنه قال وكلتُك»، وشهد الآخر أنه قال «أذنتُ لك فِي التصرف»، لم تثبت الوكالة بذلك لأنها شهادة علىٰ عقد بقوله «وكلتك»، غير العقد، بقوله «أذنتُ لك فِي التصرف»، فلم تتفِقْ شهادتُهما علىٰ عقدٍ واحد، وكذلك إذا شهد أحدهما أنه قال «جعلتُك وكيلًا»، وقال

---

(١) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) في (ص)، (ف): «الإقرار».

الآخر «أشهد أنه قال جعلتُك جريًّا» لما ذكرنا[١]، والجريُّ: الوكيل[٢].

فرع

إذا شهد أحدُهما أنه وَكَّله فِي التصرف، وشهد الآخر أنه أذن له فِي التصرف ثبتت الوكالة بتلك الشهادة، لأنهما لم يحكيا لفظ العقد فاختلافُهما فِي أداء اللفظ لا يؤثر فِي الشهادة.

فرع

إذا ادَّعىٰ أنه وكيلُ فلانٍ الغائب فِي استيفاء حقِّه من فلان، وأقام علىٰ وكالتِهِ شاهدين شهِدَا بذلك، فقال الذي عليه الحقُّ للوكيل[٣] «إنك لا تستحق عليَّ المطالبة، فاحلف أنك تستحق عليَّ ذلك»، لم يحلف الوكيل علىٰ ذلك، ولم تسمع تلك الدعوىٰ لأن فيها طعنًا علىٰ الشُّهود، لأنهم أثبتوا له بشهادتهم استحقاق المطالبة، فأما إذا ادَّعىٰ توكيل فلان الغائب فِي استيفاء حقه من فلان، فقال الذي عليه الحق «قد عزلك مُوَكِّلُك»، فأنكر الوكيل ذلك، لم يسمع عليه دعواه، ولا يحلف الوكيل لأنه يدعي علىٰ الموكل.

ولا تدخل النيابة فِي اليمين، فإن قال «أنت تعلم أن مُوَكِّلك عزلك»، كان له مطالبة الوكيل باليمين لأنها دعوىٰ عليه دون الموكل، وتفارق دعوىٰ العزل لأنها دعوىٰ علىٰ الموكل دون الوكيل.

فإن أقام الذي عليه الحق بينةً أن مُوَكِّله عزله، سمعت، وإن شهد له ابنا

---

(١) ذكره البيان (٦/ ٤٥٠) وكفاية النبيه (١٩/ ٢٧٣).

(٢) جاء في بحر المذهب (٦/ ٩١) أن الجري الوكيل بلغة أهل مصر، وفي التهذيب (٨/ ٣٤٦) أنه لغة أهل البصرة.

(٣) في (ص): «الوكالة» وهو غلط.

الموكل الغائب قُبِلت شهادتُهما، لأنها شهادةٌ علىٰ أبيهما، وشهادة الابن علىٰ أبيه مقبولة.

فأما إذا لم تكن بينةٌ، وأخذ الوكيلُ المالَ، ثم رجع الموكلُ وكان المالُ قد تلف فِي يد الوكيل، فادَّعىٰ الموكل أنه كان عزله قبل قبض المال، وعلم الوكيل ذلك وشهد له بذلك ابناه، لم تُقبل شهادتُهما، لأن بهذه الشهادة يثبت أن ماله باقٍ فِي ذمة من كان عليه فتكون هذه شهادة لأبيهما، وشهادة الابن لأبيه لا تجوز.

فَرع

إذا ادَّعىٰ أنه وكيلُ فلان الغائب فِي استيفاء حقِّه من فلان، وثبتت وكالتُه عند الحاكم [ثم ادَّعىٰ الذي عليه الحقُّ أن الموكِّل أبرأه وقضىٰ الحق، وأنكر الوكيلُ ذلك، لم تُسمع][1] تلك الدعوىٰ عليه؛ لأن ذلك يؤدي إلىٰ بطلان الوكالة فِي استيفاء الحقوق بغيبة الموكل، فما من خصم يطالِبُه وكيلٌ بمال إلا ويدعي ذلك حتىٰ يُسقط المطالبة عن نفسه، فإن طالبه باليمين لم يكن له ذلك، ولم تلزم الوكيلَ اليمينُ، لأنه لو أقر بالقضاء أو الإبراء لم يثبتا بإقراره فلم يحلف عليهما إلا أن يدعي أنه يعلم ذلك فينكر فيحلف عليه، وتكون اليمين علىٰ نفي العلم.

فَرع

إذا كان للغائب وكيل فادَّعىٰ رجل علىٰ الموكل مالًا فِي وجه الوكيل عند الحاكم، وأقام عليه البينة فالحكم علىٰ ما مضىٰ، وإن ادَّعىٰ أنه كان عزله قبل الدعوىٰ والمحاكمة، لم يؤثر ذلك فِي الشهادة والحكم؛ لأن عندنا يصحُّ القضاء علىٰ الغائب، وإن لم يكن له وكيل حاضر.

---

(١) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

فرع

إذا شهد الوكيل لموكله بمالٍ، نُظر فإن لم يكن وكيلًا فِي ذلك المال قبلت شهادته، لأن هذا المال إذا ثبت بشهادته لم يثبت له فيه تصرف فلا يجلب بها نفعًا لنفسه، ولا يدفع بها مضرة، وإن كان وكيلًا [فِي ذلك المال لم تقبل شهادته لأنه يثبت له التصرف فيه إذا ثبت][1] لموكله، فهو متهم فِي تلك الشهادة.

وإن شهد بعد العزل بذلك المال لموكله، نُظِر، فإن كان شرع فِي الخصومة عليه ثم عزل لم تُقبل شهادته، لأنه كان خصمًا لموكله وهو يشهد لموكله به، فلم تقبل؛ لأن شهادة الخصم لا تقبل.

وإن كان لم يشرع فِي الخصومة، ففيه وجهان؛ **أحدهما**: تقبل، لأنه لم يكن خصمًا فِي ذلك المال، ولا يثبت له التصرف فيه إن ثبت للمدعي فلا معنىٰ لرد شهادته، **والثاني**: لا تقبل شهادته، لأنه بالوكالة صار خصمًا وإن لم يخاصم فهو كما لو عزل بعد أن خاصم.

فرع

إذا شهد السيد لمكاتبه بأنه وكيلُ فلان لم تقبل؛ لأنه يكون شاهدًا لملكه، فهو كما لو شهد لنفسه، وكذلك إن شهد له ابناه لم تقبل؛ لأنها فِي المعنىٰ شهادةٌ لأبيهما لثبوت حقه فِي مال المكاتب.

فرع

إذا وَكَّل المضمونُ له المضمونَ عنه فِي إبراء الضامن؛ صح، فإذا أبرأه برئ الضامن ولم يبرأ المضمونُ عنه، فإن وَكَّل الضامن فِي إبراء المضمون عنه صح، وإذا أبرأه برئ هو والضامن معًا، لأن الضامن فرعه.

(١) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

فأما إذا وَكَّل الضامن فِي إبراء نفسه ووكل المضمون عنه فِي إبراء نفسه، فالمذهبُ المشهورُ أنه يصحُّ ذلك؛ لأنه استنابه فِي إسقاط الحق عن نفسه، فهو كما لو وَكَّل العبد فِي إعتاق نفسه، والمرأة فِي طلاقها، ومِن أصحابِنا مَن قال: لا يصحُّ ذلك، لأنه توكيل فِي التصرف فِي حق نفسه وإسقاط الحق عن نفسه.

والإنسانُ لا يملكُ إسقاطَ الحقِّ عن نفسه بنفسه كما لو كان [فِي يده][(١)] مالٌ مضمونٌ عليه، فإنه لا يملك إسقاط الضمان عن نفسه بنفسه، والصحيح ما ذكرناه أولًا، لأنه لا خلاف فِي أن يوكل الضامن فِي إبراء المضمون عنه يصحُّ وإن كان يبرأ هو بذلك.

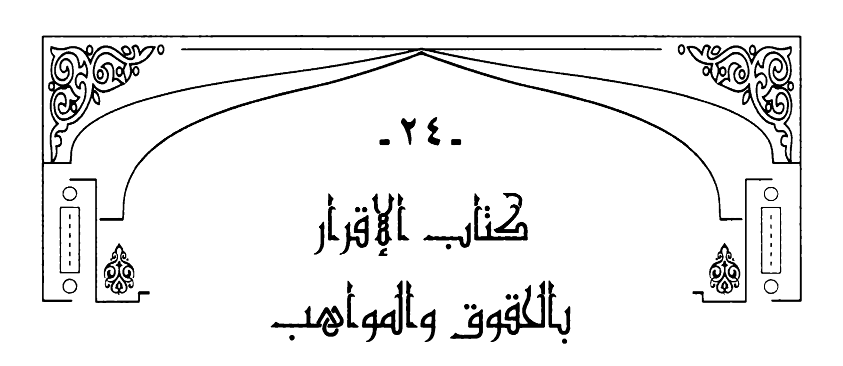
فَرع

إذا وَكَّله فِي إبراء غرمائه وكان الوكيلُ أحدَ غرمائه، لم يدخل فِي الجملة، وكذلك إذا وَكَّله فِي حَبْس غرمائه ومخاصمتهم، وهكذا لو وَكَّله فِي تفرقة ثلثه علىٰ الفقراء والمساكين، لم يَجُزْ له أن يصرف منه شيئًا إلىٰ نفسه وإن كان فقيرًا أو مسكينًا؛ لأن المذهبَ الصحيحَ أن المخاطَبَ لا يدخُلُ فِي أمر المخاطب إياه فِي أمر غيره فإذا أمر الله تعالىٰ نبيه بأن يأمر أمته أن يفعلوا كذا لم يدخل هو فِي ذلك الأمر، فإن صرح للوكيل أن يبرئ نفسه أيضًا مع جملة الغرماء، فهو مبني علىٰ الوجهين اللذين ذكرناهما، والله أعلم بالصواب، آخر «كتاب الوكالة».

يليه كتاب الإقرار

❀ ❀ ❀

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).



الأصلُ في جواز الإقرار: الكتابُ والسنةُ والإجماعُ وحُكم القياس والعِبرة.

فأما الكتاب:

فقولُه تعالىٰ: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ ومعناه: فليقر وليه بالحقِّ غير زائد ولا ناقص - وهو العدل - فدل علىٰ جواز إقرار الولي، وفِي الآية دليلٌ علىٰ جواز إقرار الرشيد من وجهين:

أحدهما: من طريق دليل الخطاب، لأنه قال: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ فدل علىٰ أنه إذا استطاع هو فإنه يمل دون غيره.

والثاني: من طريق التنبيه، فإن الوليَّ إذا جاز إقرارُه، فالرشيدُ أولىٰ بذلك،

فإن الرشيد يتصرف بما له فيه حظ وبما لا حظ له فيه، ويصح، والوليُّ لا يصِحُّ تصرفُه إلا بما فيه حظ للمولىٰ عليه.

وأيضًا، قولُه تعالىٰ: ﴿ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوٓا۟ أَقْرَرْنَا﴾، وقولُه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ والشهادة علىٰ النفس هو الإقرار عليها، وقولُه تعالىٰ: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا۟ بَلَىٰ﴾ وهذا إقرار بالجوابِ عن الاستفهام بلفظ النفي، ومثله قولُه عز وجل: ﴿أَلَمْ يَأْتِكُمْ نَذِيرٌ ۝٨ قَالُوا۟ بَلَىٰ﴾.

قال أصْحابُنا: ولا يجوزُ أن يكون الجوابُ فِي مثل هذا إلا بـ«بَلىٰ»، وإن أجيب بنعم كان إنكارًا ولم يكن إقرارًا، فيكون تقديره: لستَ بربناَ، ولم يأتنا نذير، ولهذا نقول: إذا قال رجلٌ لآخر «أليس لي عليك ألف درهم؟» فقال «بلىٰ»، كان إقرارًا وإن قال «نعم» لم يكن إقرارًا، وكان معناه: ليس لك علي.

وأما السنة:

فما رُوِي عن النبي ﷺ أنه قال: «**واغدُ يا أُنيس على امرأة هذا، فإن اعترفتْ فارْجُمْها**»[1]، وروي أنه رجم ماعزًا بإقرارِه[2]، وكذلك الغامدية[3]، فدل علىٰ لزوم الحق بالإقرار.

وأما الإجماع:

فهو أنه لا خلافَ فِي صحة الإقرار ولزوم الحقِّ به[4]، وإنما اختلفوا فِي تفصيله علىٰ ما نذكره بعدُ إن شاء الله.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣١٤) ومسلم (١٦٩٧) من حديث زيد بن خالد وأبي هريرة رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه البخاري (٦٨٢٤) عن ابن عباس رضي الله عنهما، ومسلم (١٦٩٢) عن جابر بن سمرة رضي الله عنه.

(٣) أخرجه مسلم (١٦٩٥) من حديث بريدة رضي الله عنه.

(٤) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

وأما حكم القياس والعِبرة:

فهو أنه إخبار عن حقٍّ واجبٍ لغيره، والظاهر أنه صادقٌ فيه، لأنه ليس هناك ما يدعوه إلىٰ الكذب فيه، فكانت التُّهمة منتفية عنه، ولأن الحقَّ يجبُ بالشهادة، فلأن يجب بالإقرارِ أولىٰ؛ لأن الإقرار أبعدُ من التُّهمة من الشهادة، ولأن الحاكم يبدأ بالسؤال عن الإقرار فيقول للمدعىٰ عليه «ما تقول فيما ادعاه عليك؟» فإن أنكر سأل المدعي عن الشهادة، فإذا شهد شاهدان للمدعي، ثم أقر المدعىٰ عليه بطلت الشهادة، وكان الحكمُ للإقرار دون الشهادة، فدل هذا علىٰ أن الإقرار آكدُ من الشهادة، فإذا وجب الحكمُ بالشهادة كان الحكمُ بالإقرارِ أولىٰ[1]، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشَّافِعيُّ ﵁ : (وَلَا يَـجُوزُ إِلَّا إِقْرَارُ بَالِغٍ رَشِيدٍ، وَمَنْ لَمْ يَـجُزْ بَيْعُـهُ لَمْ يَـجُزْ إِقْرَارُهُ)[2].

وهذا كما قال.. الناسُ فِي الإقرار علىٰ ضربين: مُكَلَّفون، وغير مُكَلَّفين.

فأما الذين هم غير مُكَلَّفين كالصبي والمجنون والنائم، فإقرارُهم لا يصح، الدليلُ عليه قولُه ﷺ: «**رُفع القلمُ عن ثلاثةٍ؛ عن الصبيِّ حتى يحتَلِمَ**[3]، **وعن المجنونِ حتى يفيقَ، وعن النائم حتى ينتبِهَ**»[4] ورفْعُ القلم عنهم يقتضي أن لا يكونَ لكلامهم حُكم.

وأما المُكَلَّفون فعلى ضربين: ضربٌ مطلقُ التصرف، وضربٌ محجورٌ

---

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٣)، وبحر المذهب (٦/ ٩٢).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١١).
(٣) في (ف): «يبلغ».
(٤) أخرجه أحمد (١١٨٣) وأبو داود (٤٤٠٣) من حديث علي ﵁.

عليه فِي التصرف.

فأما المطلقُ التصرف، فإن إقرارَه يصح علىٰ نفسه بالمال والحد، وسواء كان عدلًا أو فاسقًا، وهذا لا خلاف فيه.

وأما المحجورُ عليه، فهم أربعة: المحجورُ عليه لسفه، والمحجورُ عليه للرِّق، والمحجورُ عليه للفلس، والمحجورُ عليه للمرض.

فأما المحجورُ عليه للسفه، فإن إقرارَهُ فِي ماله لا يصح، وإن أقر علىٰ نفسه بحدٍّ قُبل، وإن أقرَّ بسرقة قُبِل إقرارُه فِي القطع.

وهل يُقْبَلُ فِي المال؟ علىٰ قولين؛ **أحدهما**: يُقْبَلُ فيهما، ولا يُبَعَّضُ إقرارُه، **والثاني**: يُبَعَّضُ إقرارُه، فيُقْبَلُ فِي الحدِّ ولا يُقْبَلُ فِي المال، كما تُبعض شهادة الرجل والمرأتين بالسرقة، فيُقْبَلُ فِي المال ولا يُقبل فِي الحدِّ، وإن أقر بخلع أو طلاق، قُبِل؛ لأن ذلك يصح منه.

وأما المحجورُ عليه للرق، فحُكْمه حُكْم المحجور عليه لسفه إلا فِي شيء واحد، وهو أن إقرار العبد يلزمه فِي ذِمَّته، فإذا أعتق طولب به، والمحجور عليه لسفه لا يلزمُه فِي الحال ولا فيما بعد.

وأما المحجورُ عليه لفلس، فإن إقرارَهُ مقبولٌ بكلِّ حال.

وهل يشاركُ المُقِرُّ له سائر غرمائه فِي المال الذي فِي يده أو يكون حقه فِي الفاضل علىٰ قولين.

وأما المحجورُ عليه لمرض، فإن إقرارَهُ للأجنبي مقبول وفِي إقرارِهِ للوارث قولان.

فإن قيل: قال الشافعي «ومن لم يَجُزْ بيعُه، لم يَجُزْ إقرارُه»، وهذا كلامٌ غير مستقيم، فإن المحجور عليه لسفه ورِقٍّ لا يجوزُ بيعُهما، ويجوزُ

إقرارُهما بالحد[١]

فالجوابُ: أن قولَه «لم يَجُزْ إقرارُه» أراد به فِي المال، لأن هذا الكتابَ فِي الإقرار بالأموال دون الحدود، وقد قيل إنه أراد نفي الجواز للإقرار علىٰ الإطلاق، والسفيهُ والعبدُ لا يجوزُ إقرارُهما علىٰ الإطلاق فبطل هذا الاعتراض.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ: (وَإِنْ قَالَ الرَّجُلُ «لِفُلانٍ عَلَيَّ شيْءٌ»، ثُمَّ جَحَدَ، قِيلَ لَهُ: أَقِرَّ بِمَا شِئْتَ مِمَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ شَيْءٍ؛ تمرَةٍ[٢] أَوَ فِلْسٍ، واحْلِفْ مَا لَهُ قِبَلَكَ غَيْرُهُ، وَإِنَ أَبَى حَلَفَ المُدَّعِي عَلَى مَا ادَّعَى وَاسْتَحَقَّهُ مَعَ نُكُولِ صَاحِبِهِ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا أقر الرجلُ إقرارًا مبهمًا مثل أن يقول «لفلانٍ عليَّ شيءٌ»، صح ذلك الإقرار، وهذا لا خلاف فيه.

فإن قيل: قد قلتم: إن الدعوىٰ المبهمة لا تسمع، فما الفرقُ بينهما؟

فالجوابُ عنه من وجهين:

أحدهما: أن الدعوىٰ حقٌّ للمدعي والإقرار حقٌّ علىٰ المقر، وما كان حقًّا عليه فهو أغلظ حكمًا مما كان حقًّا له.

والثاني: أنه إذا لم تُسمع الدعوىٰ المبهمة أمكن المدعي أن يدعي دعوىٰ

---

(١) وذكر أبو العباس بن القاص في كتابه التلخيص (ص٣٧٩ - ٣٨١) أن قول الشافعي: «ومن لم يجز بيعه لم يجز إقراره»؛ يستثنىٰ منه أربعة مواضع، الأول المفلس إذا حجر عليه لا يجوز بيعه وإقراره لازم، والثاني الصغير، وإقراره لازم في الوصية والتدبير، والثالث العبد، وإقراره جائز في أربعة أمور، والرابع السكران، وإقراره جائز.

(٢) في المختصر: اسم شيء من مال أو تمرة.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١١).

معلومة، لأن هناك داع يدعوه إلىٰ تصحيح دعواه، وليس كذلك فِي الإقرار، فإنا لا نأمن أن لا يقر بأننا إذا رددنا إقرارَه الأول، فلهذا سمعناه مبهمًا.

إذا ثبت هذا، فإنا نرجع إلىٰ المقر فِي تفسيره، لأنه أجمل ذلك، فكان الرجوعُ إليه فِي تفسير إجماله كأوامر صاحب الشرع إذا وردت مجملة كان الرجوع إليه، وإلىٰ ما ثبت من ألفاظه وأفعاله فِي تفسيرها، فكذلك ههنا، وإذا طالبناه بالتفسير لم يخْلُ من أحد أمرين، إما أن يفسر أو لا يفسر.

[فإن لم يفسر][(١)] قلنا له: إن[(٢)] فسَّرْتَ وإلا جعلناك ناكلًا، ورددنا اليمين علىٰ المقر له، فيحلف علىٰ ما يدعيه عليك ويلزمك، فإن لم يفسِّر حلف المقر له وثبت له ما يدعيه وإن نكل عن اليمين، قلنا لهما: انصرفا رحمكما الله.

فأما إذا فسَّر فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يُفسِّرَه بما يُتمول فِي العادة، أو بما لا يُتمول فِي العادة.

فإن فسَّره بما يُتمول فِي العادة مثل أن يُفسِّرَه بدينار فما دونه، أو بدرهم فما دونه، أو بجنس آخر من أجناس المال قليلها[(٣)] وكثيرها، قُبِل تفسيره بذلك.

فإن صدَّقه المقر له عليه فذاك، وإن كذَّبه لم يخْلُ من أحد أمرين؛ إما أن يكذبه فِي المقدار، أو فِي الجنس.

فإن كذَّبه فِي المقدار مثل أن يقر بدينار فيقول المقر له: «لي أكثر»، فيكون مدعيًا للزيادة علىٰ الدينار، والقولُ فِي ذلك قولُ المقر مع يمِينِه، فإن حلف، أسقط دعواه، (وإن نكل ردت اليمين)[(٤)] علىٰ المقر له، فيحلف علىٰ

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٤) طمس في (ص) والمثبت من (ف).

ما يدعيه من المقدار، ويثبت له ذلك.

وأما إذا كذَّبه فِي الجنس مثل أن يفسر المقِرُّ إقرارَه بدراهِمَ، فيقول المقَرُّ له: «لي عليك دنانير»، فإنه يبطل إقرارُه بالدراهم، لأنه أقر له بما لا يدعيه وهو مدع للدنانير عليه، فيكون القولُ قولَه، فإذا حلف سقطت الدعوىٰ، وإن نكل رُدَّت اليمين علىٰ المدعي وحلف، وثبت له ما يدعيه.

هذا إذا فسَّره بما يُتمول فِي العادة، فأما إذا فسَّره بما لا يتمول فِي العادة مثل أن يقول «لك عندي قشر فستقة أو جوزة أو لوزة أو قمع باذنجانة»، أو ما أشبه ذلك؛ لم يُقْبَلْ تفسيرُه به، وطولب بتفسيرِ إقرارِه بشيءٍ آخر، لأنه أقر بلفظِ الالتزام، والذي فسَّره به جرت العادةُ بأن لا يُتمول مثله، ولا يجبُ لأحد علىٰ أحد.

فأما إذا فسَّره بما لا يُتمَلَّك، نُظِر فإن فسَّره بخمرٍ أو خنزيرٍ أو دم أو ميتةٍ لم يُقْبَلْ ذلك منه، لأنه مما لا يُتمَلَّك، ولا يُنتَفَع به بحال، ولفظة الإقرار لفظة إلزام، والخمر والميتة لا تلزم أحدًا لأحد.

وإن فسَّره بكلبٍ أو سِرْجين، ففيه وجهان؛ **أحدهما**: لا يُقْبلُ تفسيره بذلك، لأن الكلبَ والسِّرْجينَ بمنزلة الخنزير، فهما لا يملكان، **والثاني**: أنه يقبل، لأن الكلبَ والسِّرْجينَ يُنتَفَع بهما، ويجبُ ردُّهما علىٰ من غصبا منه.

وإذا فسَّره بجلد الميتة، ففيه وجهان؛ أحدهما: لا يُقْبَلُ تفسيرُه بذلك، والآخر: يُقْبَلُ كالسِّرْجين والكلب.

وأما إذا فسَّره بحد القذف، ففيه وجهان؛ ذكرهما أبو محمد البافي[1]، **أحدهما**: يُقْبَلُ تفسيره، لأنه حق لآدمي، **والثاني**: لا يُقبل، لأنه لا يئولُ إلىٰ مال [بحال.

---

(١) عبد الله بن محمد البافي الخوارزمي، نسبته إلىٰ (باف) من قرىٰ خوارزم، توفي سنة ٣٩٨ .

وأما إذا فسَّره بحق الشُّفعة قُبِل وجهًا واحدًا؛ لأنه يئولُ إلىٰ مال][(١)]، وإن فسَّره برد السلام أو بجواب كتابٍ كتبه؛ لم يُقْبَلْ ذلك منه، لأن ذلك لا يثبت عليه فِي ذِمَّته حتىٰ يكون لازمًا له، ولفظُ الإقرار يقتضي اللزوم، فلا يُقْبَلُ منه تفسيره بما لا يكونُ لازمًا له[(٢)].

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ : ردُّ السلام وإن كان واجبًا عليه غير أنه واجب فِي الحال، فإن رده فِي الحال فذاك، وإن أخره سقط عنه، ولم يثبت عليه فِي ذِمَّته، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَسَوَاءٌ قَالَ «لَهُ عَلَيَّ مَالٌ» [أَوْ «مَالٌ][(٣)] كَثِيرٌ أَوْ عَظِيمٌ» فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ مَالٍ)[(٤)].

وهذا كما قال.. إذا قال «لفلانٍ عليَّ مال عظيم أو جليل أو كثير أو نفيس أو خطير»، لم يتقدر ذلك بمقدار، وأيُّ مقدارٍ فسَّره به[(٥)] كان مقبولًا؛ قليلًا كان أو كثيرًا.

واختلف أصْحابُ أبي حنيفة؛ فمنهم من قال لا يُقْبَلُ تفسيرُه منه بأقَلَّ من عشرة دراهم، وهي مقدار نصاب القطع عندهم، ومنهم من قال لا يُقْبَلُ منه أقلُّ من مائتي درهم، وهو مقدار نصاب الزكاة، وكان الجرجاني[(٦)] من

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١١).

(٥) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٦) محمد بن يحيىٰ بن مهدي الجرجاني، أبو عبد الله، توفي سنة ٣٩٨.

أصحاب أبي حنيفة يقولُ نصَّ أبو حنيفة علىٰ ذلك وقال إذا أقرَّ بأموال عظيمة، لزمه ستمائة درهم.

وقال مالك: يُقْبَلُ منه ثلاثة دراهم فصاعدًا، وهي نصاب القطع، وقال الليث بن سعد: يلزمه اثنان وسبعون درهمًا.

فأما أبو حنيفة فاحتج من نصره بأن قال: أقرَّ بمال علىٰ صفة لا يفيدُها إطلاق اسم المال، فوجب أن لا يلغىٰ، أصله: الجودة، ولأنه فسر المال العظيم بما لا يجب فيه الزكاة، فوجب أن لا يُقْبلَ منه كما لو فسَّره بكلب.

قالوا: ولأن الدانق[1] لا يسمىٰ فِي العادة مالًا عظيمًا، فوجب أن لا يُقْبلَ تفسيره كما لو أقر بألف، ثم قال «أردت مائة»، لم يُقْبَلْ، لأن المائة لا تُسمىٰ ألفًا فِي العادة، فكذلك ههنا.

قالوا: ولأن الشافعي قدَّر المالَ الذي تُغلظ فيه اليمين بعشرين دينارًا، واحتج فِي ذلك بما روي أن عبد الرحمن بن عوف رأىٰ رجلًا يحلف بين الركن والمقام، فقال: أعلىٰ دم؟ قيل: لا، فقال: أعلىٰ مال عظيم؟ قيل: لا، فقال: إني خشيتُ أن يتهاون[2] الناس بهذا المقام[3].

ففسر الشافعيُّ المالَ العظيم بعشرين دينارًا، وجعله أقلَّ ما يحلف عليه الإنسان بين الركن والمقام، فلذلك ينبغي أن يرجع إطلاقُ لفظ المقر إلىٰ هذا المقدار.

ودليلنا: ما روي أن النبيَّ ﷺ قال: «**لا يحلُّ مالُ امرئٍ مسلم إلا عن طيبِ**

---

(١) الدانق: سدس الدرهم.

(٢) في (ص): يها.

(٣) أخرجه الشافعي في «الأم» (٧/ ٣٦) ومن طريقه البيهقي (٢١٢٠٩).

نفسٍ منه»[(١)]؛ وهذا المقر إذا فسر إقرارَه بدانق وجب أن لا يطالب بأكثر منه لظاهر الخبر، ولأن الأصلَ براءةُ ذمة المقر، فيجب أن يلزمه الذي يتبين من إقرارِه، وما زاد علىٰ ذلك مشكوكٌ فيه، فلا يلزمه.

وأيضًا، فإن قول المقر «مالٌ عظيمٌ»، يَحتمِلُ العظيمَ من المقدار، ويَحتمِلُ العظيمَ فِي وقت الضرورة إليه، لأن القليلَ عظيمٌ فِي حال الضرورة، ولأن الدانقَ بالإضافة إلىٰ ما دونه عظيم، كما أن الدرهم بالإضافة إلىٰ ما دونه عظيم، ويَحْتَمِلُ أن يكون أراد به عظيمًا عند الله، لأنه يستحِقُّ العقاب بجحود الدانق فما دونه، بدليل قولِه تعالىٰ: ﴿**وَإِن كَانَ مِثْقَالَ حَبَّةٍ مِّنْ خَرْدَلٍ أَتَيْنَا بِهَا ۗ وَكَفَىٰ بِنَا حَاسِبِينَ**﴾، وقال النبي ﷺ: «**إياكم ومحقَّرات الذنوبِ، فإنَّ لها مِن الله طالبًا**»[(٢)]، وقال ابن عباس رضي الله عنهما: كلُّ ما عُصي الله به، فهو عظيم[(٣)]، وإذا احتمل العظم من هذه الوجوه وجب الرجوعُ إليه فِي تفسيره.

وأيضًا، فإنه لو أقر بمال مبهم فوجب أن لا يتقدر بوصف العظيم، أصله: إذا قال «إذا شفىٰ الله مريضي فلله عليَّ أن أتصدق بمال عظيم»، فإنه لا يتقدر ذلك المال، وأي قدر تصدق به فقد خرج عن موجب نذره.

فإن قيل: إنما كان كذلك لأن النذر حقٌّ لله تعالىٰ، وقد رضي الله منه بذلك المقدار الذي فسر به، **فالجوابُ**: أنه لا علم لنا أن الله قد رضي بذلك، ثم إن كان قد رضي به، فإنما رضي لأن اللفظ لا يقتضي مقدارًا دون مقدار، ولو اقتضىٰ مقدارًا للزمه، ولم يَجُزْ له أن يُفسِّرَه بما دونه، فبطل السؤال.

---

(١) أخرجه أحمد (٢١٠٨٣) والدارقطني (٢٨٨٤) من حديث عمرو بن يثربي رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أحمد (٢٤٤١٦) والدارمي (٢٧٦٨) وابن ماجه (٤٢٤٣)، بلفظ: «يا عائشة إياكِ...».

(٣) أخرجه البيهقي (٢٨٩).

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: ورأيتُ بعضهم يقول: لا نسلِّم النذر ونوجب فيه مائتي درهم.

وأيضًا، فإن اسم المال مبهم، فلا يتقدر بوصف العظيم؛ أصله: إذا قال «له عليَّ شيءٌ عظيم».

فإن قالوا: لا تُحفظ الرواية فِي ذلك.

قلنا: فيجب أن تتوقفوا فيه حتىٰ تعرفوا حكمه.

وأيضًا، فإن كلَّ صفة لا يتقدر المال بضدها وجب أن لا يتقدر بها، قياسًا علىٰ النفيس والحقير والجِزاف والموزون؛ لأنه إذا وصفه بضد الجِزاف لم يتقدر، فإذا وصفه بالجِزاف لم يتقدَّرْ أيضًا، وقد أجمعنا فِي مسألتنا أنه لو وصفه بالقِلة والصِّغر لم يتقدر، فكذلك إذا وصفه بضده - وهو العظم - وجب أن لا يتقدر.

وأيضًا، فإن كلَّ قدر إذا فُسِّرَ به المال المطلق قُبِل، فإذا فُسِّر به المال العظيم وجب أن يُقْبَلَ قياسًا علىٰ المائتين.

[**فأما الجوابُ عن قياسِهِم على الوصف بالجودة**، فهو أنَّا لا نسلِّم أن إطلاقَ المال لا يفيد ما يفيد وصفه بالعظم؛ لأنَّا قد بينا أنه يصح وصفُه بالعظم من حيث الإضافة إلىٰ ما دونه ومن حيث العقاب علىٰ جحوده وعظمه عند الحاجة إليه؛ علىٰ أنه يبطلُ به إذا وصفه بالنفيس والخسيس والجِزاف والموزون والخطير والحقير.

ثم المعنىٰ فِي الأصل أن للجودة عادةً يرجع إليها إطلاقُها فهي صفةٌ معلومة، وليس كذلك العظم، فإنه لا عادة فِي المال يرجع إليها إطلاقُه؛ لأن السلطان العظيم يرىٰ الألوف مالًا حقيرًا، والفقير يرىٰ الدينار والدرهم مالًا خطيرًا.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الكلب، فهو أنه يبطل به إذا فسَّره بالعقار والأرض فإنه يُقْبَلُ تفسيره وإن كان فسَّره بما لا زكاة فيه فبطل ما قالوه][1].

فأما الجوابُ عن قولِهِم إن الدانق لا يسمى مالًا عظيمًا فِي العادة، فهو يبطل بتفسير المال، لأن الدانق لا يسمىٰ مالًا فِي العادة، ويُقْبَلُ تفسيره به، ثم قد بينا أن عادات الناس مختلفة فِي الأموال، والمكثر يرىٰ الألوف قليلة، والفقير يرىٰ اليسير كثيرًا عظيمًا، وإذا اختلفت العاداتُ لم يكن بعضُها بأولىٰ من بعض، فوجب الرجوعُ إلىٰ تفسيره.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من حديث عبد الرحمن بن عوف، فهو أن الشافعي إنما قدر بذلك، لأن قولَ عبد الرحمن: أعلىٰ مالٍ عظيم؟ اقترن به ما دل علىٰ أنه لم يُرِدْ به القليل الحقير، لأنه قال: أعلىٰ دم؟ قالوا: لا، ثم قرن به المال، وقال: إني خشيتُ أن يتهاون الناس بهذا المقام[2]، أي: يتهاونون به ويستحقرونه، فلأجل تلك القرينة قدره بذلك المقدار.

وليس كذلك مسألتنا، فإن لفظ المقر مطلق لم يقترن به قرينةٌ تدل علىٰ أنه أراد به مقدارًا دون مقدار، فلذلك رجع إلىٰ تفسيره.

وأما مالك، فاحتج بما رُوِي عن عائشة رضي الله عنها قالت: كانت اليدُ لا تُقطع علىٰ عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه[3]، ثم روت أن النبيَّ ﷺ قطع فِي مِجَنٍّ قيمته ثلاثة دراهم[4]، فدل علىٰ أن ما دون الثلاثة فِي حد التافه، والثلاثة فصاعدًا فِي حد الكثير.

وأما الليثُ، فاحتج بقولِهِ تعالىٰ: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ ٱللَّهُ فِى مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾،

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) أخرجه الشافعي في «الأم» (٧/ ٣٦) ومن طريقه البيهقي (٢١٢٠٩).

(٣) أخرجه أبو عوانة (٦٢٢١) وابن أبي شيبة (٢٨٦٩٧).

(٤) أخرجه البخاري (٦٧٩٥) ومسلم (١٦٨٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وكانت غزواتُه ﷺ اثنين وسبعين موطنًا، وقد وصفها بالكثرة فثبت أن ذلك المقدار هو الكثير فِي الشرع، فينبغي أن يرجع إليه إطلاقُ الآدميين.

ودليلُنا ما ذكرناه من الكلام مع أبي حنيفة.

فأما الجوابُ عن احتجاج مالك، فهو أن التافه الذي أرادته عائشة رضي الله عنها هو السِّرْجينُ والكلبُ والدمُ والميتةُ، ونحو ذلك مما لا يملك، فلذلك لم تقطع اليد فيه، وأما سقوط القطع فيما دون النصاب، فإنما ثبت بقولِهِ ﷺ: «**لا قطع إلا فِي ربع دينارٍ**»[1].

وأما الجوابُ عن احتجاج الليث، فهو أن علىٰ ما ذكره ينبغي أن لا يلزمه إلا واحد وسبعون[2] درهمًا، لأنه أفرد حُنينًا فِي الذِّكر وهي من جملة المغازي فقال: ﴿وَيَوْمَ حُنَيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ كَثْرَتُكُمْ﴾، ثم نقول لفظة الكثرة قد وردت فِي القرآن فِي مواضع، والمراد بها مختلف؛ قال الله تعالىٰ: ﴿اذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا﴾، وقال تعالىٰ: ﴿فَلْيَضْحَكُوا قَلِيلًا وَلْيَبْكُوا كَثِيرًا﴾، وقال: ﴿وَادْعُوا ثُبُورًا كَثِيرًا﴾، ولم يرد بالكثير فِي هذه المواضع المقدار الذي حده الليث؛ فبطل ما قال.

• فَصْلٌ •

ذكر الشافعي أنه إذا قال[3] «**لفلانٍ عليَّ مال عظيم جدًّا**»، **أو** «**عظيم عظيم**»، قُبل تفسيره بما قلَّ أو كثر، وكذلك لو قال «مال وافر»، أو «مال خطير»، أو «نفيس» أو «جليل»، وما أشبه ذلك من هذه الصفات، والمعنىٰ فيه ما ذكرناه فِي العظم، والله أعلم.

---

(١) أخرجه البخاري (٦٧٨٩، ٦٧٩٠، ٦٧٩١) ومسلم (١٦٨٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) في (ص، ف): «إحدىٰ وسبعين».

(٣) الأم (٦/ ٢٣٤).

• فَصْلٌ[١] •

إذا قال «لفلانٍ عليَّ مالٌ أكثر من مال فلان»، لم يلزمه أكثر من مقدار مال فلان الذي سماه، وقُبل تفسيرُهُ بما يفسره قلَّ ذلك أو كثُر، ويحلفُ علىٰ الزيادة إن كذبه المقر له، وإنما كان كذلك لأن الكثرة لا تختص بالعدد والمقدار لأنها تُستعمل فِي عظم؛ مثل أن يكون المال حلالًا، فإن محله أكثر من محل الحرام وتُستعمل أيضًا فِي البقاء، فيقال: هذا المالُ أكثر من هذا، أي أنه أبقىٰ منه، قال الله تعالىٰ: ﴿قُلْ مَتَٰعُ ٱلدُّنْيَا قَلِيلٌ﴾، ومعنىٰ قِلَّتِهِ أنه يفنىٰ، ويكون معنىٰ البقاء أنه فِي الذِّمَّة، وتُستعمل أيضًا فِي البركة والمنفعة، فيقال أكثر منه؛ علىٰ معنىٰ الكثرة من جهة المنفعة والبركة، وإذا احتُمل أن تكون لفظة «أكثر» علىٰ معنىٰ أكثر فِي المحل - للوجوه التي ذكرناها - لم يلزمه إلا اليقين وهو ما يفسره.

فأما إذا قال «لفلانٍ عليَّ أكثر من مال فلان عددًا»، نُظِرَ فإن أقر بأنه عرف مال فلان وأن عدده ألف لزمه مبلغ[٢] مثل ذلك المال فِي المقدار وزيادة، ويكون الخيار إليه فِي قدر الزيادة فتقبل منه، وإن فسَّرها بحبة واحدة، وإن كان مال فلان ألفًا، وقال «ما كان عندي أنه ألف وإنما اعتقدتُ أنه عشرة وأردتُ بالزيادة درهمًا»، كان القولُ قولَه فِي ذلك.

وإن ادَّعىٰ فلان أن ماله ألف أو قامت البينة بذلك لم يلزم المقر إلا أحد عشر درهمًا علىٰ حسب ما فسَّره لأن مبلغ مال الرجل لا يعرف غيرُه حقيقَتَه إذ كان للمال ظاهر وباطن، وقد يملكُ الرجلُ مالًا كثيرًا فِي الباطن ويُعتقد فيه أنه قليل المال، فدعواه وشهادة الشاهدين تجريان مجرىٰ واحدًا فِي أنه

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

يجوز أن يكونا صادقين ويكون كاذبًا أو يكون صادقًا ويكونا كاذبين، لأن مبلغ المال لا يعرفُه فِي الحقيقة إلا صاحِبُه وربما يخفىٰ قدْرُه علىٰ غيره حسب ما قررناه، فلهذا لم نحكم عليه إلا بما أقر به من المقدار الذي اعتقده، ويكون القولُ قولَه مع يمِينِه فِي الزيادة إذا ادعاها المقر له.

• فَصْلٌ •

إذا أقر أنه غصب من فلان شيئًا، وفسر ذلك بما يُتمول؛ قُبِلَ منه، وإن فسَّره بما لا يُتمول ولا يُنتَفَع به كالخنزير والميتة لم يُقْبَلْ، وإن فسَّره بما لا يُتمول ولكنه يُنتَفَع به[1] كالكلب والسِّرْجين فعلىٰ الوجهين اللذين ذكرناهما، وأما إذا قال «أردتُ به نفسك أخذتُك يومًا واحدًا، وأدخلتُك الدار علىٰ وجه الغصب»؛ لم يُقْبَلْ منه ذلك، لأنه ليس بغصب علىٰ الحقيقة، إذ الحرُّ لا تثبت عليه يد الغاصب، فقد فسر الغصب بما ليس بغصب، فلم يُقْبَلْ منه.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال الشافِعِيُّ ﷺ: (وَسَوَاءٌ قَالَ «لَهُ عَلَيَّ دَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ أَوْ عَظِيمَةٌ»، أَوْ لَمْ يَقُلْهُ، فَهِيَ ثَلَاثَةٌ)[2].

وهذا كما قال.. إذا قال «لفلانٍ عليَّ دراهم» فأقلُّ ما يلزمه ثلاثة دراهم، ولا فرق بين أن يطلق ذلك وبين أن يقول «دراهم كثيرة أو عظيمة أو خطيرة»، لأن الحكم فيها واحد.

وقال بعضُ الناس من النحويين: يُقْبَلُ منه درهمان لأنه أقلُّ الجمع،

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١١).

واحتج من نصره بقولِهِ ﷺ: «**اثنان فما فوقهما جماعةٌ**»[(١)]، لأن الجمع مشتقٌّ من الاجتماع[(٢)] وإذا ضُم واحد إلىٰ آخر انطلق عليهما اسم الجمع، لأنهما اجتمعا فينبغي أن يكون ذلك أقلَّ الجمع.

ودليلنا أن العرب وضعت لكل عدد صيغة، فوضعت للآحاد صيغة، وللأثانين صيغة، وللجموع صيغة، فقالت: رجل، ورجلان، ورجال، وثبت أن قولهم: رجل؛ يختص بواحد، ورجلان يختص باثنين، فوجب أن يكون رجال يختص بثلاثة فما زاد، ويدل عليه أيضًا أنهم يقولون: واحد واثنان وثلاثة وأربعة وخمسة، فكانت هذه الأسماء مختصة بمسمياتِها، فكذلك رجل ورجلان ورجال.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أن المراد به الثواب، فيكون ثواب الاثنين إذا صليا جماعة بمنزلة ثواب الثلاثة إذا صلوا جماعة.

وأما استدلالهم بالاشتقاق، فهو أنه يبطل عليهم بالدابة، فإنها سُميت بذلك لدبِّها، والآدمي لا يسمىٰ دابة وإن كان يدب، وكذلك القارورة سميت بذلك لأن ما يترك فيها يقر، ولا يسمىٰ البيت قارورة وإن كان ما يترك فيه يقر، وكذلك تسمىٰ الخابئة لما يخبأ فيها، ولا يسمىٰ الصندوق خابئة.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا قَالَ «لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ وَدِرْهَمٌ»، وَلَمْ يُسَمِّ الأَلْفَ، قِيلَ لَهُ: أَعْطِ - أَيَ الأَلْفَ - شِئْتَ فُلُوسًا أَوْ غَيْرَهَا)[(٣)].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٨٨١١) وابن ماجه (٩٧٢)، والدارقطني (١٠٨٧) من حديث أبي موسىٰ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) في (ص، ف): «الإجماع».

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١١).

وهذا كما قال.. إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف» لزمه ألف مبهم، وله أن يُفسِّرَها[١] بما شاء من الأموال، فإن فسَّرها بكلاب فعلىٰ وجهين؛ وقد ذكرناهما.

وأما إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف درهم» لزمه ألف درهم، لأنه فسر الألف بإضافتِها إلىٰ الدراهم.

فأما إذا قال «له عليَّ ألف ودرهم» لزمه الدرهم، ويرجع إليه فِي تفسيرها، فبأي شيءٍ فسَّرها قُبِلَ منه، وكذلك إذا قال «مائة ودرهم».

وإذا قال «عشرة ودرهم»، لزمه درهم، ويرجع فِي تفسير المائة والعشرة إليه، وكذلك إذا قال «ألف ودار» أو «ألف وعبد» أو «ألف وثوب».

وقال أبو حنيفة: إن عطف علىٰ الموزون أو المكيل؛ جاز ذلك تفسيرًا للألف، وإن عطف عليها غير المكيل والموزون لم يكن تفسيرًا لها.

واحتج من نصره بأن قوله: (عليَّ) لإيجاب[٢] الحق فِي ذِمَّته.

وإذا قال «عليَّ ألف»، فقد وجب ذلك فِي ذِمَّته، فإذا قال: «ودرهم»، وهو مما يثبت فِي الذِّمَّة بنفسِهِ فوجب أن يكون المعطوف عليه من جنسه لأنه عطف مفسر يثبت فِي الذِّمَّة بنفسِهِ علىٰ ما يثبت فِي الذِّمَّة، فوجب أن يُفسِّرَه، أصله: إذا قال «عليَّ مائة وخمسون درهمًا».

ودليلنا: أنه مفسَّر معطوفٌ علىٰ مبهم، فوجب أن لا يفسِّر، أصله: عشرة وثوب، ومائة وثوب، ولأن ما أفاد زيادة علىٰ العدد لم يفد تفسيرًا له، الدليل عليه إذا قال «ألف وعبد»، ولا يدخل عليه «مائة وخمسون درهمًا»، لأن الخمسين يفيد زيادة ولا يفيد تفسيرًا، وقوله فِي آخر الكلام: «درهمًا»، يفيد

---

(١) في (ص): «يقرها»، وهو تصحيف.

(٢) في (ص): «الإيجاب».

تفسيرًا ولا يفيد زيادة.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أن ذلك لا يثبت فِي الذِّمَّة بنفسِهِ، فإذا عطفه علىٰ الألف المبهم لم يكن تفسيرًا، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنه عطف علىٰ الألف[١] بما يثبت فِي الذِّمَّة، ولفظ الإقرار يقتضي لزوم المال المعبر به فِي الذِّمَّة، فلهذا كان تفسيرا له، **فالجوابُ** أن الثوب يثبت فِي الذِّمَّة فِي السَّلم عندكم، ولذلك قلتم: إنه إذا أتلف عليه ثوبًا يثبت عليه مثله فِي ذِمَّته، ويجوز أن يصالح علىٰ أكثر من قيمتِه، فلا تصح المعارضة[٢] علىٰ هذا.

وعلىٰ أنَّا لا نسلِّم لكم أن لفظ «عليَّ» يقتضي التزام المال، لأن عندنا إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف درهم»، فأتىٰ بألفٍ فِي كيس، وقال «هذا الذي أقررتُ به، وكان وديعة لك عندي»، قُبِلَ ذلك منه.

ويدل عليه أنه عطف الدرهم علىٰ الألف، والتفسيرُ لا يجوزُ معطوفًا بلفظ الواو، ومتىٰ ما عطف خرج من أن يكون تفسيرًا، ألا ترىٰ أنه إذا قال «رأيتُ رجلًا عالمًا» كان ذلك وصفًا لحال ذلك الرجل الذي أبْهم رؤيته فإذا قال «رأيتُ رجلًا وعالمًا»، اقتضىٰ أن يكون العالم غير الرجل الذي أبهم رؤيته، ولم يكن ذلك بيانًا لحال الرجل، ويبقىٰ علىٰ إبهامه فكذلك هذا، ولأن العرب قد تعطف الجنس علىٰ جنس آخر كما تعطفُ بعضَ الجنس علىٰ بعض، فتقول «رأيتُ زيدًا وعمرًا» و«رأيتُ زيدًا وحمارًا».

فإذا ثبت هذا، فإذا عطف الدرهم علىٰ الألف احتمل أن يكون المعطوف عليه من جنسه ومن غير جنسه، وإذا احتمل ذلك وجب الرجوع إليه فِي تفسيره.

---

(١) في (ف): «ألف».

(٢) في (ص): «المعاوضة».

ويدل عليه أن إعراب ما بعد العدد إذا وافق إعراب العدد لم يكن تفسيرًا له، كما لو قال «له عليَّ ألفٌ وعبد»، وإنما يكون تفسيرًا له إذا خالفه فِي الإعراب، مثل قوله: «مائة درهم»، و«ألف درهم»، وما أشبه ذلك.

فأما الجوابُ عن قياسِهم عليه إذا قال «مائة وخمسون درهمًا»، فهو أن أصحابنا اختلفوا فيه، فقال أبو علي بن خيران(١) وأبو سعيد الإصطخري(٢): إن قوله «درهمًا» يكون تفسيرًا للخمسين، والمائة مبهمة مثل مسألتنا، فإذا قلنا بقولِهما سقط القياس، ومِن أصْحابِنا مَن قال يكونُ تفسيرًا لهما، فإذا قلنا بقولِهِم فالفرقُ بينهما أنه ذكر جملتين من العدد ثم عقبهما بما لا يفيد زيادة عليهما، فكان تفسيرًا لهما، كما يقول المخالف إذا قال «عليَّ عشرة وثلاثة أثواب»، أنه يكون الجميع أثوابًا، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإنه عطف الدرهم علىٰ الألف، فلم يكن تفسيرًا له كما لو قال «لفلانٍ عليَّ ألف وثوب»، أو «ألف ودار»، وإذا كان كذلك سقط الاحتجاج(٣) به.

• فَصْلٌ •

إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف ودرهمان»، لزمه درهمان، ورجع فِي تفسير الألف إليه كما لو قال «ألف ودرهم» لزمه الدرهم ورجع فِي تفسير الألف إليه؛ لأن ما أفاد زيادة فِي العدد لم يفد تفسيرًا، فأما إذا قال «له عليَّ ألف وثلاثة دراهم»، كان ذلك تفسيرًا للألف، وعلىٰ قول ابن خيران والإصطخري لا يكونُ تفسيرًا للألف، وكذلك إذا قال «ألفٌ وخمسون درهمًا، وألف ومائة درهم»، أو «مائة وخمسون درهمًا»، أو «مائة وخمسة عشر درهمًا»، أو

(١) الحسين بن صالح بن خيران، أحد أركان المذهب، من كبار الأئمة ببغداد.

(٢) الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسىٰ بن الفضل الإصطخري، قاضي قم، وولي حسبة بغداد.

(٣) في (ص): الإجماع، وهو تحريف.

«خمسون وألف درهم»، أو «خمسة وعشرون درهمًا»، فالجميعُ علىٰ ما ذكرناه من الخلاف بين أصحابنا.

فلو قال «بعتُك هذا الثوب بكذا درهمًا»، وذكر بعض ما قدرناه، صح البيع إلا علىٰ قول ابن خيران والإصطخري؛ لأن بعض الثمن مجهول.

فأما إذا قال «له عليَّ خمسة عشر درهمًا»، كان قوله: «درهمًا»، تفسيرًا للجميع بلا خلاف بين أصحابنا[١]، لأن الخمسة عشر وإن كانا عددين، فإن أحدَهما رُكِّب علىٰ الآخر فَجَرَيا مجرىٰ العدد الواحد[٢]، فعلىٰ هذا إذا قال «بعتُك هذا الثوب بخمسة عشر درهمًا» صح بلا خلاف.

ولا فرق بين أن يقدم المجهول علىٰ المعلوم أو يؤخره عنه، مثل أن يقول: «له عليَّ ألف درهم»، أو يقول: «له عليَّ درهمان[٣] وألف»، والله أعلم.

◆ مَسألةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ : (وَإِذَا قَالَ «لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ إِلَّا دِرْهَمًا»، قِيلَ لَهُ: أَقِـرَّ بِـأَيِ أَلْفٍ شِئْتَ، إِذَا كَانَ الدِّرْهَمُ مُسْتَثْنًى مِنْهَا يُبْقِي شَيْئًا قَلَّ أَوْ كَثُرَ)[٤].

وهذا كما قال.. الاستثناء فِي اللغة صحيح جائز.

والأصلُ فيه قول الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَـٰنٌ إِلَّا مَنِ ٱتَّبَعَكَ مِنَ ٱلْغَاوِينَ﴾، وقال تعالىٰ: ﴿فَسَجَدَ ٱلْمَلَـٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ﴿٧٣﴾ إِلَّآ

---

(١) ووافقه العمراني في البيان (١٣/ ٤٥٤) وقال: لزمه خمسة عشر درهمًا بلا خلاف بين أصحابنا.

(٢) نقله كفاية النبيه (١٩/ ٣٩٧) عن المصنف رَحِمَهُ اللهُ.

(٣) في (ص، ف): «درهمين»!

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١١).

إِبْلِيسَ﴾ وفِي القرآن نظائر كثيرة لذلك[١].

ولا فرق بين أن يستثني الأقلَّ ويبقي الأكثر، وبين أن يستثني الأكثر ويبقي الأقل، فيقول: «له عليَّ عشرةُ دراهم إلا درهمًا وإلا سبعة» بعد أن يُبْقي من الجملة شيئًا، وإن قلَّ.

وقال ابنُ درستويه النحوي[٢]: لا يجوزُ استثناء الأكثر من الأقل[٣]، وبه قال أحمد بن حنبل.

واحتج من نصره بأن قال: لم يوجد فِي كلام العرب ذلك، فهو كاستثناء الجميع.

ودليلنا قوله تعالىٰ: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾ وقال حكاية عن إبليس: ﴿فَبِعِزَّتِكَ لَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ (٨٢) إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ﴾ فاستثنىٰ من عباده الغاوين مرة، واستثنىٰ المخلصين أخرىٰ، ولا بد من[٤] أن يكون أحدُ الفريقين أكثر من الآخر، فدل علىٰ ما قلناه، ولأنه استثنىٰ بقاء بعض الجملة، فوجب أن يكون صحيحًا، كما لو استثنىٰ الأقل.

وأيضًا، فإن الاستثناء إخراج بعض ما تناوله اللفظ، فهو كالتخصيص فِي العموم، ويجوزُ إخراجُ أكثر العموم بالتخصيص، وكذلك إخراجُ أكثر

---

(١) الحاوي الكبير (٧/ ١٩)، وبحر المذهب (٦/ ١٠٦ - ١٠٧).

(٢) عبد الله بن جعفر بن محمد بن درستويه ابن المرزبان، أبو محمد: من علماء اللغة، فارسي الأصل، اشتهر وتوفي ببغداد سنة ٣٤٧. له تصانيف كثيرة.. ينظر: السير (١٥/ ٥٣١).

(٣) حكاه الحاوي الكبير (٧/ ٢١).

(٤) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

الجملة بالاستثناء، ويدلُّ عليه قولُ الشاعر[(١)]:

أَدُّوا[(٢)] الَّتِي نَقَصَتْ تِسْعِينَ عَنْ مِائَةٍ ثُمَّ ابْعَثُوا حَكَمًا بِالْحَقِّ قَوَّالَا

وهذا استثناءُ التسعين عن مائة، لأنه أمرهم أن يؤدوا عشرة دراهم، فعبر عنها بأن قال: أدوا التي نقصت تسعين درهمًا عن مائة درهم.

فأما الجوابُ عن احتجاجهم، فهو أنَّا قد بينا ذلك فِي القرآن والشعر فبطل قولُهُم أنه لم يوجد فِي لغة العرب، ثم المعنىٰ فِي الأصل أنه إسقاط الجملة، فلم يَجُزْ اعتبار الأكثر بالجميع، ألا ترىٰ أن تخصيص أكثر العموم جائز، وإسقاط الجميع غير جائز.

إذا ثبت هذا، فإن الاستثناء يجوز فِي الجنس الواحد مثل أن يستثني درهمًا من دراهم أو دينارًا من دنانير، وما أشبه ذلك.

وأما الاستثناءُ من غير الجنس المستثنىٰ منه، فإنه أيضًا جائز، وذلك مثل أن يقول: «له عليَّ ألفُ درهم إلا دينارًا» أو «ثوبًا» أو «دابة»[(٣)] ومِن أصْحابِنا مَن قال لا يكونُ ذلك استثناء فِي الحقيقة، ومن الناس من قال: لا يجوزُ هذا الاستثناء بحال.

واحتج من نصره بأن قال: الاستثناءُ إخراجُ بعض ما تناوله اللفظ، ولم يتناول اللفظُ غير جنسه، فلم يصح استثناؤه منه.

ودليلُنا: قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾، وقوله: ﴿فَسَجَدَ

---

(١) حكاه الماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٢١).

(٢) في الحاوي الكبير: «رُدُّوا».

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٧/ ٢٤) وعقد الجويني في النهاية (٧/ ٦٥) فصلًا مخصوصًا به، وتبعه الغزالي في الوسيط (٣/ ٣٥٤).

ﭐلۡمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمۡ أَجۡمَعُونَ ۝٣٠ إِلَّآ إِبۡلِيسَ﴾، وقوله: ﴿لَا يَسۡمَعُونَ فِيهَا لَغۡوٗا وَلَا تَأۡثِيمًا ۝٢٥ إِلَّا قِيلٗا سَلَٰمٗا سَلَٰمٗا﴾، وقوله: ﴿فَإِنَّهُمۡ عَدُوّٞ لِّيٓ إِلَّا رَبَّ ٱلۡعَٰلَمِينَ﴾ وهذا كلُّه استثناءٌ من غير جنسِ المستثنىٰ منه، ويدلُّ عليه أيضًا قولُ الشاعر [1]:

وَبَلْـــدَةٍ لَـــيْسَ بِهَـــا أَنِـــيسُ ... إِلَّا الْيَعَافِيـــرُ وَإِلَّا الْعِيـــسُ [2]

وقول النابغة [3]:

وَقَفْـتُ فِيهَـا أُصَـيْلالًا [4] أُسَـائِلُهَا ... أعْيَـتْ جَوَابًـا وَمَـا [5] بِـالرَّبْعِ مِـنْ أَحَـدِ

إِلَّا أَوَارِيَّ [6] لَأْيًـــا [7] مَـــا أُبَيِّنُهَـــا ... وَالنُّـؤْيُ [8] كَـالْحَوْضِ بِالْمَظْلُومَـةِ الْجَلَـدِ

فأما الجوابُ عن استدلالهم، فهو أنَّا قد بينا جواز ذلك ووجوده فِي كلام العرب.

إذا تقرر هذا، فإذا قال «له عليَّ ألفٌ إلا درهمًا»، قلنا له «فسِّر الألف بما

---

(١) هو جران العود، والبيت في ديوانه (ص ٩٧) وخزانة الأدب (١٠/ ١٥ – ١٨)؛ والدرر (٣/ ١٦٢)، وذكره المهذب (٣/ ٤٨٠) وبحر المذهب (٦/ ١٠٧)، والبيان (١٣/ ٤٥٦) وتكملة المجموع (٢٠/ ٣١٥).

(٢) الأنيس: الناس. واليعافير: حمير الوحش، وقيل: الظباء، واحدها يعفور مقلوب أعفر. والعيس: الإبل، واستثنىٰ الحمير والإبل من جملة الناس.

(٣) زياد بن معاوية بن ضباب الذبياني الغطفاني المضري، أبو أمامة، شاعر جاهلي من الطبقة الأولىٰ، من أهل الحجاز، كانت تضرب له قبة من جلد أحمر بسوق عكاظ فتقصده الشعراء فتعرض عليه أشعارها. توفي سنة ١٨ قبل الهجرة النبوية.. ينظر الأعلام للزركلي (٣/ ٥٤– ٥٥).

(٤) ويروىٰ: «أصيلًا كي»، ويروىٰ: «أصيلانًا» وهو تصغير «أصلان»، جمع أصيل، أو لعله مصدر من: أصيل، علىٰ وزن غفران.

(٥) في (ص، ف): «ولا».

(٦) ذكر أنه لم يبق بالربع أحد من الناس يسأله إلا الأواري، والعامة تقول: الأواري هي المعالف. وقال العتبي: هي الحبال الممدودة يشد عليها الدواب، وهو جمع واحدة أورىٰ.

(٧) اللأي: المشقة.

(٨) حاجز التراب الذي يمنع الماء من الجريان.

يبقىٰ بعضُه بعد استثناء الدرهم منه»، فإذا فسَّره بألف بيضة أو ألف باذنجانة أو ألف جوزة، أو غير ذلك؛ نُظِر فإن بقي بعد استثناء الدرهم من القيمة شيء صح ذلك، وإن لم يبق شيء، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الاستثناء لا يبطل، ويكلف تفسير الألف بما يبقي منه شيئًا بعد استثناء الدرهم من القيمة، لأن الاستثناء قد ثبت فلا يبطله تفسيره الذي لا يقبله الاستثناء، وإنما يكلف أن يفسر بما يَقْبَلُ الاستثناء.

والثاني: أنه يبطل الاستثناء؛ لأنه فسَّر الألف بما لا يصح[1] استثناء الدرهم منه؛ لأنه لا يبقي منه شيئًا، فيصيرُ كأنه أقر بشيء واستثنىٰ جميعَه، فبطل الاستثناء، ويلزمه ما أقر به كذلك ههنا.

هذا إذا استثنىٰ معلومًا من ألف مجملة مبهمة، فأما إذا استثنىٰ مجهولًا من معلوم، مثل أن يقول: «له عليَّ ألف درهم إلا ثوبًا»، فالثوبُ مجهولٌ والألفُ معلومة، فإذا كان كذلك كلفناه أن يبين قيمة الثوب، فإذا بينها بما يبقي بعد استثنائه من الألف شيئًا وإن قلَّ قُبِلَ منه، وإن بينها بالألف، فإنها تستغرقُ جميعَ المستثنىٰ منه، وتكون علىٰ الوجهين اللذين ذكرناهما.

وأما إذا كانا مجهولين معًا مثل أن يقول: «له عليَّ ألفٌ إلا شيئًا» و«ألف إلا عبدًا» كُلِّف تفسيرهما معًا علىٰ ما بيناه.

هذا كلُّه إذا استثنىٰ مرةً واحدةً، فأما إذا استثنىٰ مرتين نُظِر، فإن عطف الثاني علىٰ الأول بواو العطف كانا جميعًا من الجملة الأولىٰ المستثنىٰ منها، وإن لم يعطف الثاني علىٰ الأول بواو العطف كان الاستثناء الثاني راجعًا إلىٰ ما يليه من الاستثناء الأول، فأما إذا كان بينهما واو العطف فمثل أن يقول: «عشرة إلا ثلاثة وإلا اثنين» كان ذلك استثناء خمسة من العشرة، وأما إذا لم

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

يعطف الثاني علىٰ الأول بالواو، فمثل أن يقول: «عشرة إلا خمسة إلا اثنين» فيكون قد استثنىٰ إلا اثنين من الخمسة فيبقىٰ ثلاثة، فيكون قد استثنىٰ ثلاثة من العشرة ويلزمه سبعة.

والأصل فِي هذا قوله تعالىٰ: ﴿إِنَّآ أُرْسِلْنَآ إِلَىٰ قَوْمٍ مُّجْرِمِينَ ﴿٥٨﴾ إِلَّآ ءَالَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ ﴿٥٩﴾ إِلَّا ٱمْرَأَتَهُۥ قَدَّرْنَآ إِنَّهَا لَمِنَ ٱلْغَٰبِرِينَ﴾ فاستثنىٰ آل لوط من القوم ثم استثنىٰ امرأته من آل لوط من غير حرف العطف، فكان راجعًا إلىٰ الاستثناء الذي يليه دون المستثنىٰ منه[١].

• فَصْلٌ •

إذا قال «لفلانٍ هذا الدار إلا هذا البيت منها» كان ذلك استثناء للبيت، وكذلك «هذا الخاتم لفلانٍ إلا فصه»، فيكون استثناءً للفص[٢]، ويصح ذلك كما يصح استثناء بعض العدد، وكذلك إذا قال «هذه الدار لفلانٍ وهذا البيت منها لي»، أو «هذا الخاتم له والفصُّ منه لي»، كان ذلك بمنزلة الاستثناء لأنه فِي معناه وأبين منه؛ لأنه يصرح بمعنىٰ الاستثناء، فكان أولىٰ بالصحة، وهذا إذا وصل الاستثناء به، فأما إذا فصل بينهما بسكتةٍ لم يصح، وكانت جميع الدار والخاتم بفصه للمقر له.

• فَصْلٌ •

إذا قال «لفلانٍ عليَّ درهم، ودرهم إلا درهم»؛ فالذي نص عليه الشافعي[٣] أنه يلزمه درهمان، لأنه ذكر جملتين ثم عقبهما بالاستثناء، والاستثناء يرجع إلىٰ الجملة التي تليه، وهو يستغرقها، ولا يبقي منها شيئًا،

(١) ذكره بحر المذهب (٦/ ١٠٩).

(٢) ذكره الشافعي في الأم (٦/ ٢٣٥) ونقله بحر المذهب (٦/ ١١١).

(٣) الأم (٦/ ٢٦٥).

فبطل، كما لو قال «لفلانٍ عليَّ درهم إلا درهم»، لم يصح الاستثناء، فكذلك ههنا، وكذلك إذا قال «أنت طالق طلقة، وطلقة إلا طلقة»، وقع عليها طلقتان، ونص الشافعي[١] علىٰ هذه المسألة فِي «كتاب إباحة الطلاق».

ومِن أصْحابِنا مَن خرَّج فيهما وجهًا[٢] آخر أنه يصح الاستثناء، ويلزمه درهمٌ واحد، ويقع فِي الطلاق طلقة واحدة، واحتج بأن الجملتين إذا كان بينهما حرف العطف، كانتا بمنزلة الجملة الواحدة، فهو بمنزلة أن يقول «لفلانٍ عليَّ درهمان إلا درهم»، أو «أنت طالق طلقتين إلا طلقة»، وهذا خلافُ النص، وإن كان له وجه، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ أَقَرَّ بِثَوْبٍ فِي مِنْدِيلٍ، أَوْ تَمْرٍ فِي جِرَابٍ، فَالْوِعَاءُ لِلْمُقِرِّ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا قال «لفلانٍ عندي ثوبٌ فِي منديل»، أو «تمرٌ فِي جراب»، كان ذلك إقرارًا بالثوب وبالتمر دون الجِراب، لأنه يُحْتَمَلُ فِي منديل لي، أو فِي جراب لي، وإذا احتمل ذلك لم يلزمه من إقرارِه إلا اليقين ويطرح الشك[٤]، لأن الأصل أنه غير واجب عليه.

وحكىٰ بعض أصحابنا فِي ذلك خلافًا لأبي حنيفة، وليس كما حكاه، بل

---

(١) الأم (٥/ ١٩٩).

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١١).

(٤) قال في التلخيص (ص٣٨٤): قال الشافعي: وأصل ما أبني عليه الإقرار أني لا ألزم إلا اليقين وأطرح الشك، ولا أستعمل الغلبة.

هو وفاق بيننا وبينه[١].

وقد ذكر الشافعي[٢] فِي كتاب «الإقرار والمواهب» فقال: (إذا قال «لفلانٍ عندي ثوب فِي منديل» أو «تمر فِي جراب»، أو «دهن فِي قارورة»، أو «حنطة فِي مكيال»، أو «ماء فِي جرَّة» ، أو «زيت فِي وعاء»، فالوعاء للمقر).

وقال فِي «كتاب الإقرار بالحكم الظاهر»: (ولو قال «غصبتُك حنطة فِي أرض أو من أرض»، أو «غصبتك زيتًا فِي حُب أو من حُب»، أو «بعيرًا فِي مرعىٰ»، أو «عبدًا فِي غنم»، أو «فِي إبل»، أو «عبدًا من غنم»، أو «من إبل»، أو «حنطة فِي سفينة»، أو «فِي جِراب»، أو «فِي غِرارة»، أو «فِي صاع»؛ لم يدخل الوعاءُ فِي الغصب).

قال: (وكذلك لو قال «غصبتُك ثوبًا قُوهيًّا فِي منديل»، أو «ثيابًا فِي عيبة»، أو قال «غصبتُك فصًّا فِي خاتم»، أو «خاتمًا فِي فص»، أو «سيفًا فِي حمالة»، أو «حمالة فِي سيف»)؛ ثم علل، فقال: (لأن كل هذا قد يتميز من صاحبه، فينزع الفص من الخاتم والخاتم من الفص.

وهكذا إذا قال «غصبتُك طيرًا فِي قفص»، أو «شبكة»، كان غاصبًا للطير دون القفص والشبكة.

ومثله لو قال «غصبتُه [سمنًا فِي عُكة»، أو «زيتًا فِي جرة»، لا يكونُ غاصبًا لهما إلا أن يقول «غصبتُه]»[٣] عكة وسمنًا[٤] وجرة وزيتًا»، فإذا قال ..

---

(١) وقال الماوردي (٧/ ٢٥): وأصحابه يحكون ذلك عن محمد.

(٢) الأم (٦/ ٢٤١).

(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٤) في (ص): «سمنًا».

فهو[١] غاصب للشيئين معًا).

وقال أبو حنيفة: إذا قال «غصبتُك ثوبًا فِي منديل»؛ كان إقرارًا بهما، وهذا غلط، لأنه يَحتمِلُ أن يكون فِي منديل لي، فلا يلزمه إلا اليقين، كما لو أقر فقال «له عندي ثوب فِي منديل»، أو «تمر فِي جراب»، أو قال «غصبتُك دابة فِي إسطبل»، أو «غلة فِي بستان»، أو «غنمًا فِي ضيعة»، ولا فرق بينهما.

فرع

قال أبو العباس بن القاص[٢]: إذا قال «له عندي عبدٌ عليه عمامة»، دخلت العمامة فِي الإقرار[٣]، وإذا قال «له عندي دابة عليها سَرْجٌ» لم يدخل السرج فِي الإقرار[٤]، وفرَّق بينهما بأن العبد ثبتتْ يدُه علىٰ ما عليه، فيكون لمولاه[٥] المقر له، والدابة لا يثبت لها يدٌ علىٰ ما عليها، فلا يكونُ ما عليها لصاحبها إلا بالإقرارِ وقوله: «عليها سرج»، ليس بإقرار فافترقا.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ «عَلَيَّ[٦] كَذَا وَكَذَا»، أَقَرَّ بِمَا شَاءَ)[٧].

وهذا كما قال. فِي هذا الفصل ثلاث مسائل؛ **إحداها:** أن يقول «له عليَّ

---

(١) في (ص)، (ف): «هو».

(٢) أحمد بن أحمد الطبري، البغدادي، شيخ الشافعية في طبرستان، سكن بغداد، وتوفي مرابطًا بطرسوس.

(٣) قال: وكذلك الثوب والمِنطقة وكل ما علىٰ العبد .. قلته تخريجًا، والله أعلم بالصواب.

(٤) التلخيص لابن القاص (ص٣٨٦).

(٥) في (ص، ف): «كمولاه» بالكاف في أوله، وهو غلط.

(٦) في (ف): «قبلي».

(٧) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١١).

كذا»؛ مرة واحدة، **والثانية**: إذا قال «كذا كذا»؛ مرتين، **والثالثة**: إذا كررها مرتين وعطف إحداهما علىٰ الأخرىٰ بواو، فقال «كذا وكذا».

فأما إذا قال «لفلانٍ عليَّ كذا»، فإنه يُنظر، فإن أطلق ذلك، كان كما لو قال «له عليَّ شيء»، فإن له أن يُفسِّرَه بأي قدْرٍ شاء من الأموال، وإن فسَّره بما لا يتمول ولا يُنتَفَع به كالجرو لم يُقْبَلْ، وإن فسَّره بما يُنتَفَع به ولا يتمول كالكلب والسِّرْجين، فهو علىٰ الوجهين.

وإن قيده بالدرهم نُظِر، فإن قال «كذا درهمٌ» بالرفع، أو «درهمًا» بالنصب، لزمه درهم واحد، معناه: كذا هو درهم واحد، أو «عنيتُ به درهمًا»، وإن قال «كذا درهمٍ»؛ بالخفض، لزمه أقلُّ من درهم، فبأي قدر فسَّره قُبِلَ منه، لأنه يُحْتَمَلُ أنٍ يريد به بعض درهم، لأن قول «كذا» عبارة عن البعض وعن الجملة.

والمسألة الثانية: أن يقول «كذا كذا» فإن أطلق فهو كما ذكرنا، إذا قال «له عليَّ كذا» لأنه شيء واحد كرره مرتين من غير عطف، فهو كما لو قال «له عليَّ درهم درهم»، فإنه لا يلزمه إلا درهم واحد، كذلك ههنا، لا يلزمه إلا شيء واحد مبهم، وله تفسيره بما ذكرنا، وإن قيده بالدرهم منصوبًا أو مرفوعًا أو مخفوضًا، فعلىٰ ما ذكرنا فِي المسألة الأولىٰ.

وأما المسألة الثالثة، وهو إذا قال «له عليَّ كذا وكذا»، فإن أطلق لزمه شيئان، وله تفسيرُهما بما شاء من دانقين[١] وحبتين، وغيرهما، وإن قيد ذلك بدرهم فإن نصبه، فقد ذكر الشافعي فِي موضعٍ أنه يلزمه درهم، وفِي موضع آخر: درهمان، واختلف أصْحابُنا فِي ذلك علىٰ طريقين.

---

(١) الدانق: سدس الدرهم.

منهم من قال المسألة علىٰ قولين:

أحدهما: درهمان، لأن التفسير يرجع إلىٰ كل جملة من الجمل لا[(١)] إلىٰ بعضها، كما إذا قال «ثلاثين درهمًا»، كان قوله «درهمًا»، تفسيرًا لكل عشرة، فكذلك يكون الدرهم فِي مسألتنا تفسيرًا لكل جملة، فكأنه قال «كذا درهمًا وكذا درهمًا».

والثاني: أنه يلزمه درهمٌ واحدٌ، لأنه ذكر شيئين، وفسَّرهما بالدرهم، فيجوز أن يريد بهما نصفي درهم؛ لأن «كذا» عبارة عن درهم وعما دون الدرهم، ثم ذكر الدرهم تفسيرًا للنصفين، وهذا هو القدر المتيقن وما زاد علىٰ ذلك فهو مشكوك فيه، والأصل براءة الذِّمَّة منه.

ومِن أصْحابِنا مَن قال يلزمه درهمان قولًا واحدًا، والموضعُ الذي قال يلزمه درهمٌ واحدٌ، هو إذا قال «له عليَّ كذا وكذا درهمٌ» بالرفع.

هذا الكلامُ فيه إذا نصب الدرهم، فأما إذا رفعه فإنه[(٢)] لا يلزمه إلا درهمٌ واحدٌ، وإن خفضه لزمه دون الدرهم، فكان له تفسيرُه بحبَّتين ودانقين وغيرِهما ويكونُ تقديرُه كذا وكذا من درهم.

وقال محمد بن الحسن صاحبُ أبي حنيفة: إذا قال «له عليَّ كذا درهمًا»، لزمه عشرون درهمًا، لأنه أقلُّ عدد ينصب الدرهم بعده، وإن قال «كذا كذا درهمًا»، لزمه أحد عشر درهمًا، لأنه أقلُّ عددين رُكِّب أحدهما علىٰ الآخر من غير عطف ونصب الدرهم بعده، وإن قال «كذا وكذا درهمًا» لزمه أحد وعشرون درهمًا، لأنه أقلُّ عددين عُطف أحدُهما علىٰ الآخر، ونصب الدرهم بعده.

---

(١) زيادة ضرورية.

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

وهذا خطأٌ بما بينا أن القدر المتيقن هو الدرهم، وما زاد عليه مشكوكٌ فيه، فلا يلزمُ إلا اليقين؛ لأن أصلَ الإقرار مبنيٌّ علىٰ هذا[١].

والذي ذكره يبطل عليه به إذا قال «له عليَّ كذا درهم»، فإنه يلزمه علىٰ ما بناه مائة درهم، ويُحْتَمَلُ أن يكون المقر قصد بعض الدرهم الواحد، كالثلث والربع ونحوهما، ثم يقال له ما يقول فيه، إذا قال «له عليَّ كذا درهمًا»، فإن قال «يلزمه عشرون درهمًا»، قُبِل، فإذا قال «كذا كذا درهمًا» فإن قال «يلزمه أحد عشر درهمًا».

قلنا: فهذا عظيمٌ من الغلط؛ لأن المقر كرر اللفظ بعينه مرة أخرىٰ، فإن كان لم يزد فِي المقدار فينبغي أن لا ينقص منه، لأنه لا يكونُ أقلَّ من تأكيد اللفظ الأول بالثاني، والتأكيد لا يزيده نقصانًا، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالْإِقْرَارُ فِي الصِّحَّةِ وَالْمَـرَضِ سَـوَاءٌ، يَتَحَاصُّـونَ[٢] مَعًا)[٣].

وهذا كما قال.. إذا أقر بدين فِي حال صحته، ثم مرض، وأقر بدين آخر فِي مرضه، نُظِر فإن اتسع المالُ لهما استوفِي الدينان معًا، وإن عجز المال قسم الموجود منه علىٰ قدر الدينين، فإن كان أحدهما مائة والآخر مائتين، قسم علىٰ الثلث والثلثين.

---

(١) وسبق أننا ذكرنا عن الشافعي أنه قال: وأصل ما أبني عليه الإقرار أني لا ألزم إلا اليقين وأطرح الشك.

(٢) في (ص)، (ف): «يتخاصمون»، وهو خطأ، وجاء في الحاوي (٧/ ٢٨) علىٰ الخطأ، ووقع علىٰ الصواب في بحر المذهب (٦/ ١١٦).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٧/ ١٢٧).

وقال أبو حنيفة: إذا ضاق المالُ قُدِّم دين الصحة علىٰ دين المرض، فإن فضل شيءٌ صُرِف إلىٰ دين المرض.

واحتج من نصره بأنهما دينان ثبت أحدُهما حال الإطلاق، وثبت الآخر حال الحجر، فوجب أن لا يتساويا فِي الاستيفاء.

الدليل عليه: إذا أقر[١] [المحجور عليه][٢] بدين، وكان أقر بدين قبل الحجر، وكذلك العبد المأذون له فِي التجارة إذا أقر بدين من جهة المعاملة، ثم منعه السيد من التصرف، فأقر بدين آخر من جهة المعاملة، فإن الدين الأول يقدم علىٰ الثاني، كذلك ههنا.

قالوا: وأيضًا، فإنه إذا مرض تعلق الدين بماله، بدليل أن تبرعه لا ينفذ فيه، فيصير فِي معنىٰ المرهون، والمالُ المرهونُ يكونُ المرتهنُ فيه مقدمًا علىٰ سائر الغرماء، ولا يشاركه فيه غيره، كذلك ههنا.

ودليلُنا: أنهما دينان ثابتان فِي الذِّمَّة، لا يختصُّ أحدُهما برهن[٣]، فوجب أن[٤] يتساويا فِي الاستيفاء مِن مال مَن وجبا عليه، أصله: إذا أقر بهما فِي حال مرضه.

وقولنا: (لا يختصُّ أحدُهما برهن) احتراز منه إذا كان بأحدهما رهنٌ دون الآخر.

وقولنا: (مِن[٥] مال مَن وجبا عليه) احتراز من مسألتين:

---

(١) في (ف): «إذا أقر عليه» وكلمة «عليه» زيادة غير صحيحة.

(٢) في (ص): عليه المحجور.

(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٤) في (ص): «أن لا»، وهو خطأ.

(٥) في (ص)، (ف): «في».

إحداهما: إذا أقر العبدُ المأذونُ له فِي التجارة بدين ثم منعه السيد من التصرف، فأقر بدين آخر، فإن الدين الأول يتعلق بالمال الذي فِي يده وليس هو له وإنما هو لسيده.

والثانية: إذا ضمن رجلٌ عن رجل أحد الدينين اللذين عليه، فإنهما لا يتساويان فِي استيفائهما من الضامن؛ لأنهما ما وجبا عليه وإنما وجب أحدهما.

وأيضًا، فإنه دينٌ ثبت فِي حال المرض فوجب أن يساوي الذي ثبت قبله فِي حال الصحة، الدليل عليه إذا ثبتت بينته.

فإن قيل: لا يجوزُ اعتبار الذي ثبت بالإقرارِ بالذي ثبت بالشهادة، ألا ترىٰ أن العبد إذا اعترف بأنه أتلف علىٰ رجل مالًا لم تُبع فيه رقبته، ولو قامت البينة بذلك بيعت رقبته فيه.

الجواب: أنا إنما فرقنا بينهما هناك لأن رقبته ملكٌ للسيد، وهو متهم فِي إقرارِه، وغير متهم فِي إقامة البينة عليه، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن المال ملكه وهو غير متهم فِي إقرارِه بالدين فصار فِي معنىٰ البينة.

وأيضًا، فإنه حق لو ثبت فِي حال المرض بالبينة شارك من ثبت له مثله فِي حال الصحة، فوجب إذا ثبت بإقرارِهِ أن يشارك من ثبت له مثله حال الصحة، الدليل علىٰ هذا: النسب، فإنه إذا أقر بنسب حال المرض شارك المقر به الذي ثبت نسبه حال الصحة.

ومن جهة الاستدلال أن أشد ما كانت التهمة منتفية عنه إذا مرض، لأنه قد أشرف علىٰ الموت والمحاسبة ولقاء ربه، وبه حاجةٌ إلىٰ الخروج من المظالم التي عليه فإذا أقر بحق واجب لم يكن مبهمًا فينبغي أن يشارك غرماء الصحة.

وهذا كما نقول: لما كان به حاجة إلىٰ التداوي والأغذية الطيبة فِي مرضه أطلق له ذلك فِي ماله، كما أطلق له ذلك فِي حال صحته، ولأنَّا أجمعنا علىٰ أن الرجل إذا تزوج بامرأة فِي حال الصحة، لزمه مهرها، ثم تزوج بأخرىٰ حال مرضه لزمه مهرها وتساوىٰ المهران فِي الاستيفاء، فكذلك ها هنا.

ولأن الإقرار بالحق إنما هو إخبار عن حق واجب عليه فِي المرض، وإنما يؤثر فيما كان تبرعًا مثل الهبة والوصية، فأما ما كان واجبًا، فإنه لا يؤثر فيه، ألا ترىٰ أنه لو أقر حال مرضه بديون يستغرق جميعها ماله، صح ذلك، ولزمه، فكذلك إذا أقر بدين حال المرض، وجب أن لا يكونَ للمرض فيه تأثير يساوي ما أقر به فِي حال الصحة.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم على المحجور عليه والعبد المأذون له فِي التجارة، فهو أنَّا لا نسلِّم أنه أقر بهذا الدين حال الحجر لأنه مطلقُ التصرف فيما كان واجبًا عليه، ألا ترىٰ أنه لو أقر بدين يستغرق جميع ماله، فإنه ينفذ، ويلزمه فِي جميع ماله ثم يبطل عليهم بالمهرين لأن أحدهما ثبت حال الإطلاق، والآخر ثبت حال الحجر، ويتساويان فِي الاستيفاء، وكذلك إذا أقر بثمن مبيع، وهو فِي يده، فإن المقر له بالثمن يشارك غريمه فِي المال، وأما المحجور عليه لفلس فلا يقولون به.

ثم إن صح القياس عليه، فلنا فيه قولان:

أحدهما: أن الغريم الذي أقر به بالدين حال الحجر يقاسم الغرماء، فلو لم يسو بينه وبين غريم الصحة سقط حقُّه.

والثاني: يقدمون عليه، فإن فضل شيءٌ صُرِف إليه.

وأما العبدُ المأذونُ له فِي التجارة إذا أقر بدين من جهة المعاملة بعد أن

منعه السيد من التصرف فهل يشارك الغرماء الذين ثبتت حقوقُهم قبل الحجر أو يُقَدَّمون عليه؟ فيه وجهان بناء علىٰ القولين فِي المفلس، فإذا قلنا لا يُقَدَّمون فقد سوَّينا بينهما، وإن قلنا يُقَدَّمون عليه، فالفرقُ بينهما وبين مسألتنا أن فِي مسألتنا تتلف ذمةُ من عليه الحقُّ فلا يرجو غريمُ المرض الوصول إلىٰ حقه، وليس كذلك فِي مسألة المفلس والعبد؛ لأن ذِمَّتهما باقية، فإن أخَّرنا دين المقر له لم يؤد ذلك إلىٰ إسقاطه لأنه باقٍ ويرجو كسبه، وتحصيله للمال، وقضاء الدين منه.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم الثاني، فهو أنه يبطل به إذا أقر فِي حال المرض بدين، ثم أقر بعده بدين آخر، فإنهما يتساويان، وإن كان الدينُ الأولُ قد تعلق بمال حتىٰ صار المال فِي معنىٰ الرهن، والله أعلم.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ لِوَارِثٍ، فَلَمْ يَمُتْ حَتَّى حَدَثَ وَارِثٌ يَحْجُبُهُ، فَالْإِقْرَارُ لَازِمٌ، وَإِنْ لَمْ يَحْدُثْ وَارِثٌ فَمَنْ أَجَازَ الْإِقْرَارَ لِوَارِثٍ أَجَازَهُ، وَمَنْ أَبَى رَدَّهُ، وَلَوْ أَقَرَّ [لِغَيْرِ وَارِثٍ][1] فَصَارَ وَارِثًا بَطَلَ إِقْرَارُهُ)[2].

وهذا كما قال.. إذا أقر فِي حال مرضه لوارث، فهل يصح إقرارُه أم لا، اختلف أصْحابُنا فِي ذلك علىٰ طريقين.

فمنهم من قال[3] المسألة علىٰ قولين:

أحدهما: يصحُّ إقرارُه، وهو قولُ أبي ثور، وأبي عبيد، ومن التابعين:

---

(١) ليس في (ص، ف) والمثبت من المختصر.

(٢) الأم (٦/ ٢٤١).

(٣) ذكر في بحر المذهب (٦/ ١١٧) أنه قول الأكثرين.

الحسن البصري، وعمر بن عبد العزيز.

والثاني: لا يَصِحُّ إقرارُه، وهو قول مالك، وأبي حنيفة، والثوري[١]، وأحمد.

وقال أبو إسحاق المروزي: المسألة على قول واحد، أنه يصح إقرارُه - وهو الذي قطع به الشافعي فِي كتبه[٢]، وقوله ههنا: (وَمَنْ أَبَىٰ رَدَّهُ) هو حكاية مذهب [غيره.

فإذا قلنا لا يَصِحُّ إقرارُه - وهو مذهب][٣] أبي حنيفة - فوجهُهُ أن المريض محجورٌ عليه فِي حق الوارث، ألا ترىٰ أنه لا يَصِحُّ تبرعه له بالهبة بشيء من ماله ويصحُّ تبرُّعُه لغيره بالثلث من ماله، وإذا ثبت أنه محجورٌ عليه فِي حقِّه وَجَبَ أن لا يصح إقرارُه له، كالصبي فِي حق الجميع إذا أقر بمال لم (يلزم إقرارُه ولم يصح)[٤].

قالوا: ولأنه أثبت فِي حال مرضه مالًا لوارثه فوجب أن لا يصح، أصله: إذا تبرع له بهبة أو وصية، ولأنه متهم فِي ذلك لأنه ربما قصد أن يورث المال عن بعض الورثة لبعض وإذا كان متهمًا فيه وَجَبَ أن لا يُقْبَلَ إقرارُه.

وإذا قلنا بالقول الآخر، فوجهه قوله تعالىٰ: ﴿۞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَوِ ٱلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ ﴾ الآية، والشهادة

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف)، وذكره علىٰ هذا الترتيب: بحر المذهب (٦/ ١١٨)، ووصف قولهم بأنه غلط قال: لأن من صح إقراره بوارث صح إقراره لوارث كالصحيح... إلخ.

(٢) نقل بحر المذهب (٦/ ١١٨) كلام أبي إسحاق فقال: هذا هو القول الذي قطع به الشافعي ورد من خالفه فيه والآخر حكاية مذهب أهل العراق .

(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٤) في (ص): «فإن إقراره ويصح»، وهذا تحريف ظاهر!!

علىٰ نفسه إنما[١] هو الإقرار، وذلك عام فِي كل حال للوارث وغيره.

وأيضًا، فإن كل من صح إقرارُه له فِي صحته، صح إقرارُه له فِي مرضه كالأجنبي، ولأن كل من صح إقرارُه لغير وارث صح إقرارُه لوارث كالصحيح.

فإن قيل: هذا يبطل بالمحجور عليه لسفهٍ، فإنه يصح إقرارُه بوارث، ولا يصح إقرارُه لوارث.

قلنا: اختلف أصْحابُنا فيه، فمنهم من قال لا يصِحُّ إقرارُه بوارث؛ لأن ذلك يتضمن إقرارًا بالمال لأن النفقة تلزمه إذا ثبت منه لسفه، فركب هذا القول لتسلم العلة.

فأما الجوابُ عن دليلهم الأول؛ فهو أنه يبطل بالأجنبي فيما زاد علىٰ الثلث من مال المريض، لأنه محجور عليه فيه، فلا يجوزُ له أن يتبرع له بشيء منه بهبة أو وصية كما لا يجوزُ له أن يتبرع لوارثه بشيء من جميع ماله، ومع هذا فإذا أقر للأجنبي بما زاد علىٰ الثلث صحَّ إقرارُه ولزمه.

فإن قيل: لا يوصف المريض بأنه محجورٌ عليه فيما زاد علىٰ الثلث من ماله، لأنه مُنع من ذلك لتعلق حق الغير به - وهم الورثة - وما منع من التصرف فيه لتعلق حق الغير به فليس بمحجور عليه فيه، ألا ترىٰ أن الراهن منع من التصرف فِي الرهن لتعلق حق المرتهن به ولا يوصف بأنه محجور عليه، وإنما يوصف بالحجر عليه مَن مُنِع من التصرف فِي ماله لا لتعلق حق الغير به كالصبي والمجنون.

فالجوابُ عنه من وجهين:

أحدهما: أنه يبطل به إذا أقر للأجنبي بجميع ماله، فإنه يلزمه، وإن كان

(١) في (ص، ف): «وإنما».

ممنوعًا من التصرف فيه لحق الغير.

والجوابُ الثاني - وهو الصحيح - أنه لا فرق بين الموضعين؛ لأن المريض مُنع من التبرع للوارث بشيء من ماله لتعلق حق الباقين من الورثة به، ألا ترىٰ أنا أجمعنا علىٰ أنه إذا أوصىٰ لوارثه بجميع ماله فأجازت الورثة ذلك، صحت وصيته ولزمت، فثبت أن المنع لتعلق حقهم بماله كما أن المنع من التصرف فِي الثلثين إنما هو لتعلق حق الوارث به.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على التبرع للوارث، فهو أن المعنىٰ فيه أنه يثبت له علىٰ وجه التبرع، وليس كذلك فِي مسألتنا لأنه غير واجب عليه، وقد فرقت الشريعة بين الأمرين، ألا ترىٰ أنه إذا تبرع بشيء من الثلثين للأجنبي لم يصح، وإذا أقر به؛ صح، وكان الفرقُ بينهما ما ذكرناه.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أنه متهم فِي ذلك، فمن وجوه:

أحدها: أنا لا نسلِّم أنه متهم، لأن أشد ما تكون التهمة منتفية عنه إذا مرض إذ كان مشرفًا علىٰ الآخرة واردًا علىٰ ربه.

والثاني: أنهم يقولون: إذا أقر لأخيه - وله ابن، ثم مات ابنه قبله، ومات هو بعد - أن إقرارَهُ لا يصح، وحين أقر له لم يكن وارثًا ولم يكن متهمًا فيه، فإذا كان كذلك لم يصح ما ذكروه من التعليل.

والثالث: أنه يبطل به إذا أقر لصديق له بجميع ماله وله ابن عم مكاشِحٌ له فإن إقرارَهُ يصح وهو متهم فِي ذلك.

• فَصْلٌ •

إذا تقرر هذا، فإن قلنا يصح إقرارُه، فلا تفريع عليه، وإن قلنا لا يصِحُّ إقرارُه للوارث، فإن الاعتبار بكونه وارثًا حال الموت لا حال الإقرار.

فإذا كان له أخ وابن فأقر الأخ، ثم مات هو، صح الإقرارُ بلا خلاف، وإن مات ابنه قبل موته ثم مات هو لم يصح إقرارُه لأخيه، لأنه صار وارثًا حال وفاته، وإن لم يكن له ابن فأقر لأخيه ثم رزق ولدًا ومات هو صح إقرارُه لأخيه لأنه غير وارث حال وفاته.

وقال عثمانُ البَتِّي[1]: الاعتبار بحال الإقرار لا بحال الموت.

واحتج بأن إقرارَهُ له إنما يرد لأجل التهمة، وإنما تلحقه التهمة حال الإقرار فكان الاعتبار به دون حالة الوفاة.. وهذا غلط، لأن الذين ردوا إقرارَه للوارث أجروا ذلك مجرىٰ الوصية للوارث، والاعتبار فِي الوصية حال الموت لا حال الوصية، فلو أوصىٰ لغير وارث فصار وارثًا حال موت الموصي صحت الوصية، فكذلك يجب أن يكون الإقرار فأما الذي ذكره المخالف فإنه بناه علىٰ التهمة، وقد بينا أنه لا تهمة عليه فِي هذه الحال، فلا يصح بناء دليله عليه، وسقط ما قاله، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ أَقَرَّ أَنَّ ابْنَ هَـذِهِ الأَمَـةِ وَلَدُهُ مِنْهَـا، وَلَا مَـالَ لَهُ غَيْرُهَا، ثُمَّ مَاتَ، فَهُوَ ابْنُهُ، وَهُمَا حُرَّانِ بِمَوْتِهِ)[2].

وهذا كما قال.. إذا كانت له جاريةٌ ولها ولد فأقر فِي حال مرضه أن الولدَ ولدُه منها، وليس له مال غيرها؛ لم يخْلُ من أحد أمرين؛ إما أن يبين كيفية

(١) عثمان بن مسلم - ويقال اسم جده جرموز - البتي، أبو عمرو، كان من أهل الكوفة، فانتقل إلىٰ البصرة فنزلها، وكان مولىٰ لبني زهرة، وكان يبيع البتوت فقيل له البتي.. وهو من رجال التهذيب.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١١).

الاستيلاد، أو لا يبين ذلك حتىٰ يموت، فإن بينه ففيه ثلاثة أحوال[١]:

أحدها: أن يقول «استولدتُها فِي ملكي»، فعلىٰ هذا يكون الولدُ حر الأصل، ولا يكونُ عليه ولاء، ويثبت نسبُه وتصير الجارية أم ولدٍ، وتعتق بموته، وإنما يصح إقرارُه بذلك لأنه يملك إحبالها حال المرض فملك الإقرار به كما أن الزوج يملك تطليق امرأته ويملك الإقرار بطلاقها.

إذا ثبت هذا، فإنها تعتق من رأس المال، لأن إقرارَهُ بإحبالها فِي ملكه إقرار بحق واجب، كما لو أقره بدين عليه، فإنه يكون من رأس ماله، فكذلك ههنا، فإن كان[٢] هناك دين قُدِّم عتقُها عليه، لأنه لو ثبت بالبينة لقُدِّم عليه، فكذلك إذا ثبت بالإقرار، ولأن حقَّ الإحبال آكد من الديون، ألا ترىٰ أنه إذا ثبت لم يحكم بإسقاطه بعد ثبوته، والديونُ إذا ثبتت فإنه يمكن إسقاطها بعد ثبوتها.

فأما إذا قال «استولدتُها فِي ملك الغير بشبهة»، فإن الولدَ حرٌّ الأصل، وهل تصير الجارية أم ولد؟ علىٰ قولين؛ **أحدهما:** تصير؛ لأنها علقتْ منه بحر، **والثاني:** لا تصير، لأنها علقتْ منه فِي غير ملك.

وأما إذا قال «استولدتُها بنكاح»، فإن الولد قد انعقد مملوكًا، وقد عتق عليه لما ملكه وثبت له عليه الولاء، وأما الجارية فإنها لا تصير أم ولد؛ خلافًا لأبي حنيفة؛ لأنها علقتْ منه بمملوك.

هذا إذا بين كيفية الاستيلاد، فأما إذا أطلق ولم يعين حتىٰ مات فالولدُ حرٌّ فِي جميع الأحوال ولا ولاء عليه.

وأما الجاريةُ، فاختلف أصْحابُنا فيها؛ فمنهم من قال لا تصير أم ولد

---

(١) ذكره في بحر المذهب (٦/ ١١٩) أن له أربعة أحوال.

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

وتباع فِي ديون الغرماءُ؛ لأنه يُحْتَمَلُ أن يكون أحبلها فِي النكاح دون الملك، فلم تثبت لها حرمة الولادة بالشك؛ لأنه لا يلزم بالإقرارِ إلا اليقين، ومنهم من قال تصير أم ولده؛ لأن الشافعي أطلق ذلك من غير تفصيل، ولأن الظاهر أنه أحبلها فِي ملكه، لأن الجارية ملك له، وإذا كان هذا هو الظاهر كان الحكم له.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ لِلْحَمْلِ بِدَيْنٍ، كَانَ الإِقْرَارُ بَاطِلًا حَتَّى يَقُولَ «كَانَ لِأَبِي هَذَا الْحَمْلُ» أَوْ «لِجَدِّهِ عَلَيَّ[١] مَالٌ، وَهُوَ وَارِثُهُ»، فَيَكُونُ إِقْرَارًا لَهُ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا أقر للحمل بدين فِي ذِمَّته أو بعين فِي ذِمَّته، لم يخْلُ ذلك من أحد ثلاثة أحوال؛ إما أن يعزيه إلىٰ سبب صحيح، أو يعزيه إلىٰ سبب غير صحيح، أو يطلق ذلك.

فإن عزاه إلىٰ سبب صحيح؛ مثل أن يقول «لحمل هذه المرأة عليَّ دينٌ من جهة وصية أُوصي له[٣] بها»، أو «من جهة الميراث» ـ لأن الوصية تصح للحمل ويوقف له الميراث ـ فإن الإقرار بذلك يلزمه؛ لأنه يمكن صدقُه فيما يقر به، وإذا أمكن صدقُه فِي ذلك لزمه إقرارُه.

فأما إذا أطلق ذلك، فهل يصح أم لا، ذكر الشافعي[٤] فِي «كتاب الإقرار

---

(١) في (ص)، (ف): «عليه».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١١).

(٣) في (ص): «لي»، وهو غلط.

(٤) الأم (٦/ ٢٤١).

والمواهب» أن الإقرار باطل، وهو قول أبي يوسف[١]، وقال فِي «كتاب الإقرار بالحكم الظاهر»: يصح، وهو مذهب محمد بن الحسن[٢]، وأصحاب أبي حنيفة ينصرون قول أبي يوسف، فالمسألة علىٰ قولين:

أحدهما: لا يصِحُّ إقرارُه، لأن الإقرار للحمل لا يصِحُّ إلا علىٰ جهة مخصوصة؛ وهو أن يضيف[٣] ذلك إلىٰ وصية أو ميراث، فإذا أطلقه فليس فيه دليل علىٰ أنه من جهة الوصية أو الميراث، فلم يصح ذلك الإقرار.

والثاني: أنه يصح، لأنه يُحْتَمَلُ أن يكون من جهة صحيحة، ويُحْتَمَلُ أن يكون من جهة فاسدة، والظاهر من الإقرار صحته فحملناه علىٰ وجه الصحة دون الفساد[٤].

وأما إذا عزاه إلىٰ جهة غير صحيحة مثل أن يقول: «من جهة معاملة جرت بيني وبينه»، أو «من جهة جناية جنيتها عليه بقلع عين أو سن أو جراحة» أو ما أشبه ذلك - لأن هذه الجهة لا تتصور ما لم ينفصل عن أمه - فهل يصح ذلك أم لا؟

إن قلنا إنه إذا أطلق الإقرار لم يصح، فها هنا أولىٰ أن لا يصح، وإن قلنا إذا أطلق يصح إقرارُه، فإن مسألتنا هذه علىٰ قولين، لأنه أثبت علىٰ نفسه حقًّا بإقرارِهِ ثم عقَّبه بما أسقط جملتَه من غير لفظ الاستثناء فهو كما لو قال «عليَّ ألفٌ قضيتُه إياها»، أو «ألفٌ ثمن[٥] خمر وخنزير»، فإن المسألة علىٰ قولين،

---

(١) ذكره بحر المذهب (٦/ ١٢٠).

(٢) قال الروياني: وقيل إنه مذهب أبي حنيفة، وهذا أصح، وهو اختيار أبي إسحاق.

(٣) في (ص، ف): «يصف»!

(٤) وعلله بحر المذهب بأنه أقر بالمال لمن يجوز ثبوته له فكان لازمًا.

(٥) سيأتي قول المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ في ذلك عند شرح قول الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (ولو أقرَّ أنه تكفَّل له بمالٍ علىٰ أنه بالخيارِ).

وسيجيء بيانُ ذلك بعدُ إن شاء الله.

وإن قلنا: لا يتبعضُ إقرارُه، لم يلزمه ما أقر به، وإن قلنا يتبعضُ إقرارُه، لزمه الحق وسقطت إضافته إلىٰ الجهة التي أضافه إليها.

إذا تقرر هذا، فكُلُّ موضع قلنا لا يصِحُّ إقرارُه، فلا كلام، وكُلُّ موضع قلنا يصح إقرارُه، فإنه يُنْظر:

فإن انفصل الحملُ ميتًا، كان الإقرار باطلًا؛ لأنه إنما يكونُ له حكم إذا انفصل حيًّا، فإذا انفصل ميتًا كان فِي معنىٰ المعدوم، فيكون بمنزلة ما لو أقر بمال لجماد من الجمادات مثل الحائط والسقف وغيره.

ويُنْظَر، فإن كان الإقرار بمال عن وصية رجع إلىٰ ورثة الموصي، وإن كان عن ميراث رجع إلىٰ باقي الورثة، وإن لم يكن ثَبَتَ النسبُ طولَ حياته[1].

وإن انفصل حيًّا لم يخْلُ من أحد ثلاثة أحوال؛ إما أن ينفصل من حين الإقرار لدون ستة أشهر، أو لأكثر من أربع سنين، أو ما بينهما.

فإن كان انفصالُه لدون ستة أشهر صح إقرارُه، لأنَّا قد تيقنا وجوده حين الإقرار، وثبت أنه أقر لموجود.

وإن كان انفصل لأكثر من أربع سنين، لم يصح الإقرار، لأنَّا تيقنا أنه ما كان موجودًا حال الإقرار، فقد أقر لمعدوم، فلم يصح، وإنما يصح الإقرار للحمل إذا كان موجودًا، وكذلك إنما تصح الوصية له ويوقف الميراث له إذا كان موجودًا.

فأما إذا انفصل لستة أشهر فأكثر ولأربع سنين فأقل، نُظِر، فإن كان لها

---

(١) رسمت في (ص)، (ف) غير منقوطة، فقد تقرأ: بيانه أو ثباته أو نباته، وكله تصحيف.

زوجٌ يطأها أو مولىٰ لم يصح الإقرار، لأنه يجوز أن يكون حدوثه بعد الإقرار له، فلا يكونُ الإقرار لازمًا له، وإذا احتمل ذلك لم يلزمه شيء بالشك.

وأما إذا لم يكن لها زوج ولا مولىٰ مثل أن تكون مطلقة، فإن الإقرار يصح، لأنَّا علمنا أن هذا الولد من ذلك الوقت، ولهذا نلحقه بالمُطْلق.

هذا إذا كان الولد واحدًا، فأما إذا وضعت ولدين لم يخْلُ إما أن يكونا ذكرين، أو أنثيين، أو ذكرًا وأنثىٰ.

فإن كانا ذكرين أو أنثيين فالمالُ بينهما، سواء ثبت ذلك عن وصية أو ميراث.

وإن كانا ذكرًا وأنثىٰ فإنه يُنظر، فإن كان ذلك المالُ عن وصية تساويا فيه، وإن كان عن ميراث تفاضلا فيه علىٰ حسب فريضة الله عز وجل إلا أن يكونا ولدي أم، فيكون بينهما بالسوية، لأن الإخوة والأخوات من الأم يستوون فِي الميراث.

إذا ثبت هذا، فكُلُّ موضع صحَّ الإقرار وثَبَتَ المالُ للحمل عند الانفصال وطالب الوصيُّ المقِرَّ بتسليم المال إليه وثَبَتَ أنه وصيٌّ له وَجَبَ عليه تسليم المال إليه.

وقد اعترض المزني[1] فِي هذا الموضع فقال (هذا عندي خلاف قوله فِي «كتاب الوكالة» فِي الرجل يقرُّ أن فلانًا وكيل فلان فِي قبْض ما عليه أنه (لا يقضي عليه بدفْعه)[2]، لأنه مقر بالتوكيل فِي مال لا يملكه، ويقول له «إن شئت فادفع أو دع»).

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١١).

(٢) في (ص، ف): «لا يقتضي بدفعه» والمثبت من المختصر.

فالجوابُ عن هذا أن الفرقَ بين المسألتين واضح، لأن فِي مسألة التوكيل لا يبرأ الدافع بالدفع، لأنه يقول «ربما يحضر الموكل فيجحد التوكيل ويطالب بالمال»، وليس كذلك فِي هذه المسألة، لأنه يبرأ بهذا الدفع، لأنه يقول «لا يستحق هذا المال إلا هذا الصبي»، وهذا وصية، فلهذا أجبر علىٰ التسليم إليه، وقد بينَّا الفرقَ بين المسألتين فِي «كتاب الوكالة»[(١)].

وإن ولدت ولدين أحدهما حي والآخر ميت، فإن الميت كأنه معدوم ويكون المال للحي كما لو ولدته وحده، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ «لَهُ هَذَا الرَّقِيقُ إِلَّا وَاحِدًا»، كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا أَيُّهَا شَاءَ)[(٢)].

وهذا كما قال.. إذا كان له فِي يده عشرة أعبد، فأقر لرجل بهم، وقال «هؤلاء العبيد لفلانٍ إلا واحدًا منهم»، صح الإقرار بالتسعة، كما لو قال «لفلانٍ عليَّ ألف درهم إلا شيئًا»، فإنه يصح، وجهالة الاستثناء لا تمنع صحته.

إذا ثبت هذا، فإنا نكلفه تعيينَ المُقَر بهم، لأن حقَّ الغير تعلق بالمُقَر بهم، فلزمه تعيينُهم، وهو بالخيار بين أن يعين التسعة أو يعين الواحد الذي له؛ لأنه إذا عيَّن أحدَهما تعيَّن الآخر، فإن عيَّن واحدًا منهم لنفسه وصدَّقه المقر له علىٰ ذلك فلا كلام، وإن كذَّبه كان القولُ قولَ المقر فِي ذلك مع يمينه،

---

(١) وذلك عند قول المزني: (ولو قال رجل لفلان علي دين، وقد وكل هذا بقبضه لم يقض الشافعي عليه بدفعه؛ لأنه مقر بتوكيل غيره في مال لا يملكه، ويقول له إن شئت فادفع أو دع، ولا أجبرك علىٰ أن تدفع).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١١).

لأنه أعلم بما أقر به، وبما استثناه، ولأنه فِي يده، فيجب أن يكون القولُ قولَه مع يمِينِه.

فرع

فإن هلك تسعةٌ منهم، وبقي واحدٌ، فادَّعىٰ أنه هو الذي استثناه لنفسه، فهل يصح ذلك أم لا، فيه وجهان:

أحدهما: لا يُقْبَلُ منه ذلك، ويكون للمقر له، لأنه فسَّره بما لا يحصُلُ به[١] للمقر له شيء، وهذا لا يُقْبَلُ منه، ويكون ذلك العبد للمقر له، كما إذا قال «عليَّ دينارٌ إلا ثوبًا»، وفسَّر الثوب بما يستغرق قيمة الدينار، فإنه لا يُقْبَلُ منه، لأنه متهم فِي تفسيره.

والثاني: يُقْبَلُ منه، ويكون ذلك العبد له - وهو الصحيح - لأن الاستثناء قد صح وقت الإقرار، وتفسيرُه لا يرفع الجميع، وإنما تعذَّر تسليمُ المقر به لموتهم، لا لمعنىٰ يرجع إلىٰ الإقرار، هذا كما لو قال «هؤلاء الرقيقُ لفلانٍ إلا غانمًا»، ثم مات[٢] الكُلُّ [إلا غانمًا][٣]، كان غانمًا للمقر بالإجماع.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ «غَصَبْتُ هَذِهِ الدَّارَ مِنْ فُلَانٍ، وَمِلْكُهَا لِفُلانٍ»، فَهِيَ لِلَّذِي أَقَرَّ أَنَّهُ غصَبَهَا مِنْهُ، وَهُوَ شَاهِدٌ لِلثَّانِي، فَلَا تَجُوزُ شَهَادَتُه، لِأَنَّهُ غَاصِبٌ)[٤].

---

(١) في (ص)، (ف): «له»، وهو تصحيف.

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) زيادة ضرورية، والمسألة في الحاوي الكبير (٧/ ٣٧) وبحر المذهب (٦/ ١٢٢).

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

وهذا كما قال.. إذا قال «غصبتُ هذه الدار من فلان وملكها لفلان»، لزمه إقرارُه بالغصب، ووَجَبَ عليه تسليمُ الدار إلىٰ المغصوب منه؛ لأنه أقر له باليد، وأقر للآخر بالملك.

وقد تكونُ فِي يده بحق وإن كان ملكها لغيره، وذلك مثل أن تكون فِي يده رهن أو إجارة، فإن ملكها لا يثبت للآخر بإقرارِهِ، لأنه إذا ثبت أنها فِي يد غيره، فإن إقرارَهُ بما فِي يد غيره لا يصح، كما لو قال «الدار التي فِي يد فلان لفلان»، فإن ذلك لا يصح، ولا تجوز شهادتُه بذلك لأنه غاصب، فإذا بطل أن يكون شاهدًا وبطل أن يصح إقرارُه بها حصلت الدار للمقر له باليد وكانت الخصومة فيها بينه وبين المقر له بالملك.

إذا ثبت هذا فإنه لا ضمانَ عليه للمقرِّ له بالملك لأنه ما أقر له بشيء فحال بينه وبينه لأنه أقر لأحدهما باليد، وأقر للآخر بالملك، وقد يجوز أن تكون فِي يد أحدهما بإجارة وتكون للآخر ملكًا.

ويفارقُ هذا إذا قال «هذه الدارُ لزيدٍ، لا بل لعمرٍو»، وحيث قلنا - علىٰ أحد القولين - أن عليه ضمانَ قيمتها لعمرٍو لأن هناك حال بإقرارِهِ بينه وبين ما أقر له به فلهذا لزمه الضمان، وفِي مسألتنا بخلافه علىٰ ما بيناه.

فأما إذا قال «هذه الدار ملكها لفلانٍ وقد غصبتُها من فلان»، فقد اختلف أصْحابُنا، فمنهم من قال هي كالمسألة قبلها، ولا فرق بين أن يقدم الغصب وبين أن يؤخره فِي إقرارِه، ومِن أصْحابِنا مَن قال يلزمه إقرارُه للأول، وهل يغرمه إياها للثاني أم لا؟ علىٰ قولين؛ لأنه لما أقر بالملك ثم أقر للآخر باليد كان ذلك رجوعًا عن الإقرار الأول، كما لو قال «هذه الدار لزيدٍ لا بل لعمرٍو»، والطريقة الأولىٰ أصح.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللهُ: (وَلَوْ قَالَ «غَصَبْتُهَا مِنْ فُلَانٍ لَا بَلْ مِنْ فُلَانٍ»، كَانَ لِلْأَوَّلِ، وَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ لِلثَّانِي، وَكَانَ الثَّانِي خَصْمَ الْأَوَّلِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا قال «هذه الدار لفلانٍ لا بل لفلان»، فإن إقرارَهُ للأول لازم وتكون الدار له، وهل نغرمه إياها للثاني أم لا؟ علىٰ قولين:

أحدهما: لا نغرمه؛ لأنه يقول: قد أخطأتُ فِي الإقرار الأول، ورجعتُ عن ذلك الخطأ، والدار للثاني، وإنما تحكمون عليَّ بلزوم إقراري الأول بالشرع، فلا يلزمني الضمان له.

والقول الآخر - وهو الصحيح - أنه يغرمها له؛ لأنه حال بينه وبينها بإقرارِهِ، فهو كما لو ذبح شاة له وأكلها ثم أقر له بها، أو أتلف مالًا ثم أقر أنه لفلان، فإنه يلزمه غرامته لأجل حيلولته، فكذلك ههنا، وهٰذا كما نقول فِي الشاهدين يشهدان علىٰ رجل بإعتاق عبده أو طلاق امرأته ويحكم الحاكم بذلك، ثم يرجع الشاهدان عن الشهادة، فإنه يلزمهما غرامة قيمة العبد والمهر، لأنهما حالا بينه وبين ملكه، ولا يُنقض حُكم الحاكم.

إذا ثبت هذا، فإن أصحابنا اختلفوا فِي موضع القولين، فمنهم من قال هما إذا أقر وسلمها إلىٰ الحاكم، فأما إذا أقر وتسلمها بنفسِهِ، فعليه الضمان، قولًا واحدًا، ومنهم من قال لا فرق فِي الموضعين - وهو الصحيح - لأن الحاكم وإن كان تسلم، فإن تسلمه بإقرارِهِ، فهو كما لو سلمه بنفسِهِ.

فرع

إذا قال «غصبتُ هذا العبد من أحدكما» لزمه الإقرار؛ لأنه إقرار من

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

جائز الأمر بما يصح الإقرار به لمن يصح الإقرار له والجهالة التي حصلت فيه لا تمنع صحة الإقرار كما لو قال «لفلانٍ عليَّ شيءٌ»، لزمه الإقرار، وإن كان المُقَرُّ به مجهولًا .

فإذا ثبت أن الإقرار لازمٌ رجع إلىٰ بيان المقر، فقيل له بيِّن المقر له من هو منهما، فإن قال «لا أعرفه بعينه» سألناهما، فإن قالا «صدق»، انتزع العبد من يده وكانا خصمين فيه.

وإن كذَّباه، وادَّعىٰ كلُّ واحِدٍ منهما علمه بأن له دون صاحبه، كان القولُ قولَه مع يمِينِه، فإذا حلف، انتزع العبد من يده، وكانا خصمين فيه، وهما متساويان فِي الدعوىٰ وعدم اليد، فإن أقام أحدهما البينة حكم له، وإن أقاماها جميعًا تعارضتا، وقد ذكرنا حكم تعارض البينتين فِي «كتاب الدعوىٰ والبينات» وإن لم يكن مع أحدهما بينة[1] حلف كلُّ واحِدٍ منهما لصاحبه، فإن حلف أحدُهما ونكَلَ الآخرُ حُكم له، وإن حلفا معًا وقف لهما حتىٰ يصطلحا.

هذا إذا لم يبين المقر، فأما إذا بيَّن فقال «هو لفلانٍ دون فلان»، سُلم العبد إليه ولا يغرم للآخر قيمته قولًا واحدًا، لأنه لم يقر للآخر .

ويخالفُ إذا أقر به لأحدهما، ثم قال «لا، بل للآخر»؛ لأنه أقر به[2] للثاني، وحال بينه وبينه بإقرارِهِ للأول، [فلهذا غرَّمناه علىٰ أحد القولين، فإن طلب الآخر يمينه، بُني علىٰ القولين إذا أقر به علىٰ إقرارِه للأول][3]، فإذا قلنا تلزمه قيمته، حلف، وإذا قلنا لا تلزمه قيمته، فلا يحلف، لأنه لو أقر له لم يطالب بعينه ولا بقيمته، فلم يكن ليمينه فائدة.

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

فرع

إذا قال «هذا العبد وهذه الجارية لفلان»، لزمه الإقرار وطولب بالبيان، فإن قال «هو العبد»، سئل المقر له، فإن صدقه سلم إليه وكانت الأمة للمقر، وإن قال «الجارية لي دون العبد» كان القولُ قولَ المقر مع يمِينِه، لأن الظاهر أنها له، والمقر له مدع فإذا حلف سقطت دعوىٰ المقر له، وأما العبد فقد أقر له به، وهو ينكره ويكذبه فيه، فينتزعه الحاكم من يده ويحتفظ به، (أو لا ينتزعه)[١] ويتركه فِي يده؟ علىٰ الوجهين اللذين[٢] ذكرناهما فِي «كتاب الصلح»[٣]، وإن قال «هما لي» يسلم العبد بإقرار المقر، وهو مدَّع فِي الجارية، فيكون القولُ قولَ المقر مع يمِينِه، وعلىٰ المقر له[٤] البينة، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا يَـجُوزُ إِقْرَارُ الْعَبْدِ فِي الْمَالِ إِلَّا بِـإِذْنِ سَـيِّدِهِ فِي الْمَالِ)[٥].

وهذا كما قال.. قد ذكرنا هذه المسألة فِي «كتاب البيوع»[٦]، وجملتُها أن العبد لا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون مأذونًا له فِي التجارة أو غير مأذونٍ.

فإن كان غير مأذونٍ، فأقر، لم يخْلُ إقرارُه من ثلاثة أحوال؛ إما أن يقر

---

(١) في (ص): «وينتزعه»، وهو غلط، والمثبت من (ف).

(٢) ملحق بحاشية (ف) ومصحح.

(٣) كتاب الصلح (ج ٩ ص ٤٧١).

(٤) زيادة ضرورية.

(٥) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

(٦) كتاب البيوع (ج ٨ ص ٢٨٢).

بحقٍّ علىٰ بدنه، أو فِي المال، أو بما يتعلق به حقٌّ علىٰ البدن وحقٌّ فِي المال مثل السرقة.

فإن أقر بما يوجب الحقَّ علىٰ بدنه؛ مثل القصاص والقطع والجلد، قُبِل منه وأقيم عليه، ولا يُعتبر فيه تصديق مولاه ولا قيام البينة.

وإن أقر بما يوجب حقًّا فِي المال، مثل أن يقول: «أتلفت مال فلان»، أو: «جنيتُ جناية خطأ يجب بها مال»، أو: «استقرضتُ منه فأتلفتُه»، فإنه لا يُقْبَلُ ذلك فِي حقِّ مولاه، ولا يباع شيءٌ منه، ويكون فِي ذِمَّته ما أقر به، فإذا أعتق أتبع به.

وإن أقر بما يوجب الأمرين، مثل السرقة، قطع، وهل يباع منه بقدر المال المسروق؟ علىٰ قولين.

وإن كان مأذونًا له فِي التجارة نُظِر؛ فإن أقر بما يوجب حقًّا علىٰ بدنه قُبِل، وإن أقر بما يوجب مالًا نُظِر.

فإن كان لا يتعلَّقُ بما أذن له فيه من التجارة، مثل أن يقول «أتلفتُ مال فلان»، أو «غصبتُ منه مالًا»، أو يقول «استقرضتُ منه مالًا»، فإن الاستقراض لا يدخل فِي الإذن فِي التجارة، فإنه لا يُقْبَلُ علىٰ مولاه، ويكون فِي ذِمَّته يتبع به إذا أعتق؛ لأن ما لا يتعلق بالتجارة فهو بمنزلة غير المأذون له فيه.

وإن كان يتعلَّقُ بالتجارة مثل ثمن المبيع وأرش العيب وما أشبه ذلك، فإنه يُقْبَلُ إقرارُه؛ لأن من ملك شيئًا ملك الإقرار به؛ كالزوج لما ملك الطلاق ملك الإقرار به، إلا أنه يُنظر؛ فإن كان الإقرار بقدر ما فِي يده من مال التجارة قُبِل وقضي منه، وإن كان أكثر كان الفاضل فِي ذِمَّته يتبع به إذا أعتق. والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ «لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ»، فَأَتَى بِأَلْفٍ فَقَالَ «هَذِهِ الَّتِي أَقْرَرْتُ لَكَ بِهَا، كَانَتْ لَكَ عِنْدِي وَدِيعَةً»، فَقَالَ «بَلْ هَذِهِ وَدِيعَةٌ وَتِلْكَ أُخْرَى»، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقِرِّ مَعَ يَمِينِهِ، لِأَنَّ مَنْ أُودِعَ شَيْئًا فَجَائِزٌ أَنْ يَقُولَ «لِفُلَانٍ عِنْدِي»، وَ«لِفُلَانٍ عَلَيَّ» لِأَنَّ ذَلِكَ عَلَيْهِ مَا لَمْ يَهْلِكْ، وَقَدْ يُودَعُ فَيَتَعَدَّى، فَيَكُونَ عَلَيْهِ دَيْنًا، وَلَا أُلْزِمُهُ إِلَّا بِالْيَقِينِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف درهم» فجاء بألف وقال «هذه التي أقررتُ بها لك كانت لك عندي وديعةً»، كان القولُ فِي ذلك قولَه.

وقال أبو حنيفة: تكون هذه للمقر له، وله أن يطالبه بالألف التي أقر بها.

واحتج من نصره بأن لفظة «عليَّ»، تقتضي الإيجاب فِي الذِّمَّة، ألا ترىٰ أنه إذا قال «الألف التي علىٰ فلان عليَّ»، كان ذلك ضمانًا، فدل علىٰ أنها تقتضي الإيجاب فِي الذِّمَّة، وإذا كان كذلك فقد ألزم نفسه مالًا فِي الذِّمَّة وجاء بمال آخر فلم يسقط ما لزم فِي الذِّمَّة كما لو أقر له بثوب، فأتاه بعبد يكون له أن[2] يطالبه بالثوب.

ودليلنا: أن لفظة «عليَّ» تقتضي الإيجاب، وقد يكون الحقُّ فِي الذِّمَّة فيجب عليه تسليمُه بإقرارِه، وقد يكونُ فِي يده، فيجب عليه ردُّه وتسليمُه، فبأيهما فسَّره كان مقبولًا، كما لو قال «لفلانٍ عليَّ ثوبٌ»، كان له أن يعينه من أي أنواع الثياب أراد، فإذا عَيَّنَه من نوع كان القولُ قولَه فيه، ولأنَّا أجمعنا علىٰ أنه لو قال «لفلانٍ عليَّ ألفُ درهم وديعة»، قُبِل ذلك منه، فإذا كان قوله «لفلانٍ عليَّ ألفٌ»، يقتضي الذِّمَّة، لوجب أن لا يقيد تفسيره بالوديعة، لأنه

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

(٢) في (ص)، (ف): «وأن».

أقر بألف وعقَّبه بما يُسْقِطُه[١]، كما لو قال «عليَّ ألفٌ إلا ألفًا»، ولما أجمعنا علىٰ قبول تفسيره بذلك دل علىٰ ما ذكرناه، لأن حروفَ الصفات يقومُ بعضُها مقام بعض، قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنۢبٌ﴾ يعني: عندي، وقال تعالىٰ: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخْلِ﴾ يعني: علىٰ جذوع النخل[٢]، فيجوز أن يكون معنىٰ قوله: «عليَّ» يريد به: عندي، لأن ذلك سائغٌ فِي اللغة.

فأما الجوابُ عما ذكروه، فهو أن لفظة: «عليَّ» تقتضي الإيجاب المطلق، علىٰ حسب ما بيناه.

وأما قوله: «الألف التي علىٰ فلان عليَّ»، فإنما جعلناه ضمانًا فِي الذِّمَّة لأنه يقصد إثبات المال الذي علىٰ غيره فِي ذِمَّته علىٰ نفسه، وذلك لا يثبت إلا علىٰ وجه الضمان، فكان ذلك دليلًا علىٰ أنه قصد به الإلزام فِي الذِّمَّة، وليس كذلك فِي مسألتنا، ولا قرينة تدل علىٰ ذلك، فافترقا.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ «لَهُ عِنْدِي أَلْفٌ وَدِيعَةٌ أَوْ مُضَارَبَةٌ دَيْنًا»، كَانَتْ دَيْنًا، لِأَنَّهُ قَدْ تَعَدَّى فِيهَا، فَتَكُونُ مَضْمُونَةً، وَلَوْ قَالَ «دَفَعَهَا إِلَيَّ أَمَانَةً عَلَى أَنِّي لَهَا ضَامِنٌ»، لَمْ يَكُنْ ضَامِنًا لِشَرْطِ ضَمَانِ مَا أَصْلُهُ أَمَانَةٌ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا قال «لفلانٍ عندي ألفُ درهم دينًا أو مضاربة دينًا» صح إقرارُه بذلك، وقد وصفه بصفتين، أحدهما: وديعة ودين، أو: مضاربة ودين.

---

(١) في (ص)، (ف): «يسقط».

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

وهذا لا يَحتمِلُ إلا وديعة أو مضاربة تعدَّىٰ فيها فصارت مضمونةً عليه، وإذا فسَّره بذلك قُبِل منه، وإن قال «له عندي ألف درهم وديعة»، شرط علي أني ضامن لها، كان ذلك إقرارًا بالوديعة ولم يلزمه الضمان الذي شرط عليه لأن ما كان أصله أمانة لا يصير مضمونًا بالشرط، وما كان مضمونًا لا يصير أمانة بالشرط؛ لأنه لو شرط علىٰ المستام أن يكون مالُ السوم أمانة أو شرط فِي العارية أن تكون أمانة لم يصح الشرط؛ لأن الأصل فِي العارية ومال السوم الضمان، فلا يصيران أمانةً بالشرط.

فرع

إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف درهم فِي ذمتي»، ثم جاء بألف، وقال «كانت الألف التي أقررتُ بها لك وديعة عندي، وهذه بدلها»، صح ذلك، لأنه يجوز أن يكون قد تلفت[1] بتعدٍّ منه، فلزمه ضمانُها فأتىٰ ببدلها، وإن قال «هذه الألفُ التي أقررتُ بها لك، وكانت وديعةً عندي لك»؛ ففِي ذلك وجهان:

أحدهما: أنه يُقْبَلُ منه تفسيرُه بإقرارِهِ ذلك[2]؛ لأنه يجوز أن تكون وديعة، وتكون مضمونة عليه فِي ذِمَّته بتعديه فيها.

والوجه الثاني: أنه لا يُقْبَلُ منه ذلك، فيكون للمقر له الألف التي أحضرها ونطالبه بالألف التي أقر بها، ولا يُقْبَلُ منه تفسيره لها بالوديعة.

وتفارق هذه المسألة التي ذكرناها وهي إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف درهم»، ثم أحضرها وزعم أنها وديعة؛ لأنه أطلق الإقرار فِي تلك المسألة ولم يصرح بمحل بعينه، وفِي مسألتنا نص علىٰ المحل - وهو الدية - فلم يُقْبَلْ تفسيرُه بما ليس بثابت عليه فِي ذِمَّته، لأن الوديعة ما دامت باقيةً فليستْ

---

(١) في (ص)، (ف): «تلف».

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

مضمونةً عليه فِي ذِمَّته، وإنما يضمنها في ذِمَّته إذا تلفتْ بالتعدي.

فرع

إذا قال «له عليَّ ألف درهم»، ثم قال «كانت له عندي وديعة، وكان عندي أنها باقية، فأقررتُ بها لك» ثم ثبتتْ أنها تالفةٌ فِي ذلك الوقت لم يُقْبَلْ منه ذلك لأنه كذب إقرارَه المتقدم، ولو ادَّعىٰ تلفها بعد الإقرار مثل أن يقول: «كانت باقيةً فمضيتُ لأخي بها، فتلفتْ»، قبل ذلك منه، لأنه فسر إقرارَه بما لا يكذبه، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ: «لَهُ فِي هَذَا الْعَبْدِ أَلْفُ دِرْهَمٍ»، يُسْـئَلُ عَـنْ قَوْلِهِ، فَإِنْ قَالَ: «نَقَدَ فِيهِ أَلْفًا»، قِيلَ: فَكَمْ لَكَ مِنْهُ؟ فَمَـا قَـالَ إِنَّـهُ لَهُ مِنْـهُ، اشْتَرَاهُ بِهِ، فَهُوَ كَمَا قَالَ، مَعَ يَمِينِهِ، وَلَا أَنْظُرُ إِلَى قِيمَةِ الْعَبْدِ قَلَّتْ أَوْ كَـثُرَتْ، لِأَنَّهُمَا قَدْ يُغْبَنَانِ وَيَغْبِنَانِ[١])[٢].

وهذا كما قال.. إذا قال «له فِي هذا العبد ألف درهم»، صح إقرارُه بذلك ورجع إليه فِي تفسيره، فإن قال «نقد فِي ثمنه لي ألفًا»، فقد أقر بألف عليه قرضًا، لأنه اشترىٰ ذلك العبد وورث عنه هذا المقر تلك الألف بإذنه، وإن قال «نقد فِي ثمنه ألفًا لنفسه»، فقد أقر له بشراء بعضه، فنقول له «كيف كان الشراء بإيجاب واحد أو إيجابين؟» فإن قال «بإيجاب واحد»، قُبِل ذلك منه، وقيل له «وكم نقدت أنت فِي ثمنه؟» فإن قال «ألفًا»، كان العبد بينهما نصفين، وإن قال «ألفين»، كان ثلثًا وثلثين، ومتىٰ ما كذَّبه المقر له بذلك،

---

(١) في (ص، ف): «ولا يغبنان» وزيادة حرف النفي غلط، وجاء علىٰ الصواب في المختصر والحاوي الكبير (٧/ ٤٥)، ونهاية المطلب (٧/ ٧٧).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

كان القولُ قولَ المقر فيما يدعيه عليه.

وإن قال «بإيجابين» قلنا «بيِّن المقدار الذي أوجبه البائع للمقر له بالألف التي نقده»، فإن قال «نصفًا» أو «ربعًا» أو غير ذلك، فالقولُ فيه قولُه، وسواء كانت الألفُ وَفْقَ قيمة المقدار الذي عيَّنه أو أقلَّ أو أكثر؛ لأنه قد يغبن وقد لا يغبن.

فأما إذا قال «له عليَّ ألفٌ فِي ثمنه بوصية أوصىٰ له بها»، صح، وبيع العبدُ وصُرف إليه من ثمنه ألف، وإن أراد أن يعطيه ألفًا من غير ثمن العبد، لم يكن له ذلك إلا برضاء المقر له، لأنه استحق من ثمنه الألف، فوجب البيعُ فِي حقه إلا أن يرضىٰ بترك البيع وأخْذِ الألف من غير ثمنه، فأما إذا قال «جنىٰ هذا العبد عليه جناية أرشها ألف»، قُبِل ذلك منه؛ لأن الألف إذا كانت أرش جناية تعلقتْ برقبة العبد، ويكون المقر بالخيار إن شاء باع العبد وأعطاه الألف من ثمنه، وإن شاء فداه.

فأما إذا قال «أردتُ أنه عنده رهنٌ بألف درهم، هي علي»، فهل يُقْبَلُ ذلك منه أم لا، فيه وجهان:

أحدهما: يُقبل، لأن الألف تتعلق برقبة الرهن كما يتعلق أرش الجناية بها - وهو الصحيح.

والثاني: لا يُقْبَلُ منه، لأن الألف تتعلقُ بذمة الراهن ويكون الرهنُ وثيقة بها، فيكون تفسيرُه بذلك مخالفًا لظاهر إطلاق إقرارِه، فلم يُقْبَلْ منه.

فَرع

إذا قال «له فِي هذا العبد شركة»، صح ذلك، وكان له أن يُفسِّرَه بأي قدر شاء قل أو كثر، لأن ذلك كله يسمىٰ شركة فِي العبد.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ: «لَهُ فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفُ دِرْهَمٍ»، كَانَ إِقْـرَارًا عَلَى أَبِيْـهِ بِدَيْنٍ، وَلَوْ قَالَ: «فِي مِيرَاثِي مِنْ أَبِي»، كَانَتْ هِبَةً إِلَّا أَنْ يُرِيدَ إِقْرَارًا)[١].

وهذا كما قال.. إذا قال «له فِي ميراثي من أبي ألفُ درهم»، كان ذلك إقرارًا بدينٍ علىٰ أبيه، ولو قال «له فِي ميراثي من أبي ألفُ درهم» كان هبة، وهو بالخيار بين أن يقبضها فيمضي الهبة، وبين أن يمسكها فيرد الهبة.

والفرقُ بين المسألتين، أنه إذا قال «فِي ميراثي من أبي»، فقد أضاف الميراث إلىٰ نفسه ثم جعل له منه جزءًا، وإذا جعل له جزءًا من ماله لم يكن ذلك إلا علىٰ وجه الهبة، وأما إذا قال «من ميراث أبي»، فلم يضفه إلىٰ نفسه ولا جعل له جزءًا من ماله وإنما أقر له بدين فِي تركة أبيه، وكذلك إذا قال «له فِي هذه الدار نصفها» كان إقرارًا، ولو قال «له فِي داري نصفها»، كان هبة للمقر له، والفرقُ بينهما ما ذكرناه.

• فَصْلٌ •

ذكر الشافعي[٢] فِي «كتاب الإقرار والمواهب» أنه إذا قال «له فِي مالي ألفُ درهم» كان إقرارًا، ولو قال «له من مالي ألف درهم»، كان هبة.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فمِن أصْحابِنا مَن قال هذا غلطٌ من الناقل، لأنه قد تقرر من مذهبه أنه لا فرقَ بين أن يقول «من» أو «في»، علىٰ ما نص عليه فِي مسألة الميراث، ويكون الجوابُ فِي هذه المسألة كالجوابِ فِي تلك، ولا فرق بينهما.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).
(٢) الأم (٦/ ٢٤٥).

ويمكن أن يفرق بينهما، لأنه إذا قال «فِي مالي»، فقد جعل ماله ظرفًا للألف التي ذكرها، ويجوز أن يكون ظرفًا لها، وهو أن يكون له ألف مختلطة بماله، وإذا قال «من مالي»، فقد أضاف المالَ إلىٰ نفسه وجَعَلَ الألف جزءًا منه، وما جعله جزءًا من ماله فلا يكونُ لغيره إلا علىٰ وجه الهبة، ويفارق إذا قال «له فِي داري نصفها» حيث قلنا إنه هبة، لأن النصف الذي يبقىٰ له لا يسمىٰ دارًا.

وإذا قال «له فِي مالي ألفُ درهم»، فالذي يبقىٰ بعد الألف يسمىٰ مالًا، قال أبو العباس بن القاص[1]: هذا كلُّه إذا لم يقل «بحق واجب»، فأما إذا قال «بحق واجب»[2] فسواء أضافه إلىٰ نفسه، أو لم يضفه، فإنه يكون إقرارًا، ولا يكونُ هبة لأن الهبة لا تكون حقًّا واجبًا، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: «لَهُ عِنْدِي أَلْفُ دِرْهَمٍ عَارِيَةً»، كَانَتْ مَضْمُونَةً)[3].

وهذا كما قال.. اختلف أصْحابُنا فِي إعارة الدراهم علىٰ وجهين، **أحدهما:** يصح، **والثاني:** لا يصح، فإذا أقر بألف وجعلها عارية، قُبِل منه ذلك، وتكون مضمونةً علىٰ الوجهين معًا، لأن العارية مضمونة، وما كان مضمونًا إذا كان العقد صحيحًا كان مضمونًا إذا كان فاسدًا.

فرع

إذا قال «لك علي ألف درهم إن شئت» لم يكن ذلك إقرارًا، لأن الإقرار

---

(١) التلخيص (ص٣٨٧).

(٢) في التلخيص : «بحق ثابت».

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

إخبارٌ عن حقٍّ واجبٍ عليه، وما كان واجبًا عليه قَبْلَ إقرارِهِ لا[١] يجوز أن يتعلق وجوبه بشرط مستقبل، وكذلك إذا قال «لك علي ألف درهم إن قدم زيد» أو «إن رضي فلان»، فإنه لا يكونُ إقرارًا، وكذلك إن قال «لك عليَّ ألف درهم إن شهد لك بها شاهدان»؛ قال أبو العباس بن القاص[٢]: لو قال «إن شهد لك عليَّ شاهدان بألف، فهما صادقان»، لزمه الإقرار بالألف فِي الحال، لأن الشاهدين إذا صدقا فِي شهادتهما عليه بالألف متىٰ شهدا، فإن الحق واجب عليه شهدا أو لم يشهدا.

فرع

إذا قال: «هذا الشيء لك بألف درهم إن شئت»، كان ذلك إيجابًا للبيع، ولا يكونُ إقرارًا، والبيعُ يجوزُ أن يتعلق بمشيئة المشتري لأنه لا يشتري إلا باختياره ومشيئته، فقد شرط فِي العقد ما يقتضيه إطلاقُه، إذا ثبت أن ذلك بيع فإنه بالخيار بين أن يَقْبَلَ وبين أن لا يَقْبَلَ، والخيار ثابت لهما فِي المجلس ما لم يتفرقا، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ بِعَبْدٍ فِي يَدِهِ لِفُلَانٍ، فأَقَرَّ الْعَبْـدُ لِغَـيْرِهِ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا كان فِي يده عبدٌ فأقر به لزيد، وصدقه زيد علىٰ إقرارِه، وأقر العبد بنفسِهِ لعمرٍو وصدقه عمرٌو علىٰ إقرارِه، لم يصح إقرار العبد، وصح إقرار سيده به، وإنما كان كذلك لمعان:

(١) في (ص)، (ف): «ولا» وزيادة الواو غلط.
(٢) التلخيص (ص ٣٨٧).
(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

أحدها: أن يد السيد ثابتةٌ علىٰ العبد، لأنه ملكه، ويد العبد ليست ثابتةً علىٰ نفسه، لأنه لا يملكُ نفسه، وإقرار صاحب اليد مقدَّم علىٰ غيره، كما لو أقر رجلٌ بدار فِي يده لرجل وأقر بها جاره لإنسان آخر؛ لم يصح إقرار جاره، لأنه لا يد له علىٰ داره، فكذلك ها هنا.

والثاني: أن إقرار العبد بمال السيد لا يقبل، وإنما يُقْبَلُ إقرار العبد علىٰ نفسه بما ليس بمال؛ ألا ترىٰ أنه لو أقر علىٰ نفسه بأنه أتلف مالًا لإنسان أو جنىٰ علىٰ إنسان جناية خطأ لم يلزم ذلك الإقرار فِي حق السيد، فكذلك هذا.

والثالث: أن سيده إذا أقر به لإنسان، ولم يقر العبدُ بنفسِهِ لغيره قُبل ذلك منه، وثبت العبد ملكًا للمقر له، فكُلُّ ما قبل فيه[1] إقرار السيد علىٰ عبده لم يُقْبَلْ فيه إقرار العبدِ علىٰ نفسِهِ، وما يُقْبَلُ فيه إقرار العبد علىٰ نفسه لا يُقْبَلُ فيه إقرار السيد علىٰ عبده، كالقصاص والحد والصلاة والصيام، وغير ذلك.

والرابع: أن إقرارَ العبد بنفسِهِ لو كان مقبولًا لم يستقر عليه ملكُ أحدٍ؛ لأنه متىٰ حصل لواحد أقر بنفسِهِ لآخر، ولا يزال علىٰ هذا، فلذلك قلنا إنه لا يُقْبَلُ إقرارُه، وقبلنا إقرار سيده.

هذا كله إذا صدق السيد المقر له، فأما إذا كذَّب السيدَ في[2] إقرارِهِ فهل يبقىٰ العبدُ علىٰ رِقِّه أو يعتق؛ اختلف أصْحابُنا فِي ذلك علىٰ وجهين؛ أحدهما: أنه يعتق، لأن الذي كان فِي يده قد أقر بأنه ليس له، والذي أقر له به قد أنكر، وإقرار العبد ما صح، ولم يثبت عليه ملك لأحد، فهو كاللقيط؛ إذا أقر ملتقطه بأنه مملوك لفلانٍ، وأنكر فلان ذلك، فإنه يحكم بعتقه، ومِن

---

(١) في (ص): «منه فيه».

(٢) ليس في (ص، ف).

أصْحابِنا مَن قال يبقىٰ علىٰ رقِّه؛ لأنه قد ثبت أنه كان رقيقًا فِي يده، فإذا أقر لغيره به وردَّ الغير الإقرار؛ بقي علىٰ ما كان عليه من رقه، وبهذا فارق اللقيط، لأن الظاهر من حاله الحرية، فإذا أقر بنفسِهِ لرجل فأنكر المقر له، رجع إلىٰ أصله - وهو الحرية - لأن ظاهر[1] الذات الحرية.

إذا ثبت هذا، فإن قلنا يعتق فلا كلام، وإن قلنا إنه يبقىٰ علىٰ رقِّه، ففيه الأوجه التي ذكرناها فِي «كتاب الصلح».

فَرع

إذا ادَّعىٰ رجلٌ علىٰ رجل أنه مملوكُه، وأنكر الرجلُ ذلك؛ كان القولُ قولَ المدعىٰ عليه مع يمِينِه، لأن الظاهر من حاله حريته وإن لم ينكر دعواه وأقر له بما ادعاه من الرق ثم ادَّعىٰ أنه أعتقه وأنكر سيده ذلك، كان القولُ قولَ سيده لأن الأصل أنه ما أعتقه.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّ الْعَبْدَ الَّذِي تَرَكَهُ أَبُوهُ لِفُلَانٍ، ثُمَّ وَصَلَ أَوْ لَمْ يَصِلْ دَفعهُ أَوْ لَمْ يَدْفَعْه، فَقَالَ: «بَلْ لِفُلَانٍ» آخَرَ، فَهُوَ لِلْأَوَّلِ، وَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ لِلْآخَرِ، وَلَا يُصَدَّقُ عَلَى إِبْطَالِ إِقْرَارِهِ فِي مَالٍ قَدْ قَطَعَهُ لِلْأَوَّلَ)[2].

وهذا كما قال.. إذا أقر بأن العبد الذي فِي تركة أبيه لفلانٍ، ثم قال «لا، بل لفلان»؛ فقد اختلف أصْحابُنا فيه:

فمنهم من قال لا فرق بين هذه وبين أن يقول «غصبتُ من فلان، لا، بل من فلان»، وكلتاهما علىٰ قولين؛ غير أن إعادة هذه المسألة أفادت أنه لا

---

(١) ليس فِي (ص) والمثبت من (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

فرق بين أن يسلمه بنفسِهِ إلىٰ الأول وبين أن يسلمه إلىٰ الحاكم، لأنه قال (دَفَعهُ أَوْ لَمْ يَدْفَعْه).

ومِن أَصْحابِنا مَن قال فِي هذه المسألة: لا يغرمه للثاني؛ قولًا واحدًا، لأنه غير مفرط فِي ذلك؛ لأن الإحاطة لم توجد عليه بما يتعلق بتركة أبيه، فيجوز أن يعقدَ شيئًا منها ويكونَ الأمرُ بخلافه، وقد أُكدت عليه الإحاطة بما يتعلق بفعل[1] من أفعاله ويجبُ فِي ماله، فإن أقر ثم رجع كان مفرطًا فِي إقرارِه الأول فلزمه الغرم لذلك.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ شَهِدَ عَلَى رَجُلٍ بِأَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ، وَرُدَّا، ثُمَّ اشْتَرَيَا)[2] إِلَى آخِرِ الْفَصْلِ.

وهذا كما قال.. إذا شهد علىٰ رجل بأنه أعتق عبده الذي فِي يده، فإن كانا عدلين حكم بعتق العبد؛ وإن لم يكونا عدلين ورُدَّت شهادتُهما، ثم اشتريا ذلك العبد من المشهود عليه، صح الشراء.

فإن قيل: هلا قلتم إنه لا يصِحُّ الشراء كما قلتم إن الرجل إذا قال لامرأة «أنت أختي»، وأنكرت المرأة ذلك ثم تزوج بها، لم يصح العقد.

فالجوابُ: أن الفرقَ بينهما من وجهين:

أحدهما: إذا أقر بأنها أخته، فقد أقر بأن فرجها حرام عليه، فإذا تزوج بها لم يقصد بها إلا المقام علىٰ الفرج الحرام؛ فلذلك لم يصح، وليس كذلك

---

(١) ليس في (ص)، (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

فِي مسألتنا، لأنهما إذا اشتريا هذا العبد فإنهما يقصدان غرضًا صحيحًا، وهو أن ينقذاه من الرق.

والثاني: أنا إذا صححنا الشراء عتق العبد، وإذا صححنا النكاح لم تطلق المرأة فيبقىٰ معها علىٰ فرج حرام، فلذلك لم يصح النكاح.

إذا ثبت أن الشراء يصح فإن العبد يعتق عليهما، وإنما منعنا من نفوذ العتق قبل الشراء لتعلق حقِّ الغير به، فإذا سقط حقُّ الغير نفذ إقرارُهما بالعتق كما إذا أتىٰ المكاتبُ بمال الكتابة فقال السيدُ «هذا المالُ لفلان؛ غصبتُه عليه»، قيل له: إما أن تقبضه وإما أن تبرئه، فإن قبضه لزمه ردُّه علىٰ من أقر بأنه غصبه منه.

إذا ثبت أنه يعتق؛ فإن الولاء يكون موقوفًا، فإن رجع البائع وقال «كنتُ أعتقتُه»، وقد صَدَقَ الشاهدان فِي شهادتهما؛ رُدَّ اليمين عليهما، وثبت له الولاء.

وإن رجع الشاهدان عن شهادتهما ولم يرجع البائع، فقالا «كذبنا عليه» حكمنا بأنه عتق عليهما من ملكهما، وثبت الولاء لهما.

وإن لم يرجع أحد منهم كان الولاء موقوفًا، فإن مات ذلك العبد فقد ذكر الشافعي[1] أن ماله يكون موقوفًا.

واعترض المُزنِي فقال[2]: «أصلُ قوله أن من له حقٌّ مُنِعَهُ ثم قدر عليه أَخَذَه، ولا يخلو المشتريان فِي قولهما فِي العتق من صدْقٍ أو كذب، فإن كانا صادقين فالثمنُ دينٌ لهما علىٰ الجاحد؛ لأنه باع مولًىٰ له قد أعتقه، وما ترك

(١) الأم (٦/ ٢٤٥).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

فهو لمولاه، ولهما منه قدرُ الثمن، وإن كانا كاذبين فهو عبدُهُما، وما ترك لهما، فاليقينُ أن لهما قدْرَ الثمنِ من مال الميت إذا لم يكن له[١] وارث غير بائعه، وترك أكثر من الثمن، وإن كان ما[٢] ترك أقلَّ من الثمن، لم يكن لهما غيره».

وقد اختلف أصْحابُنا فِي ذلك، فذهب أكثرُهم إلىٰ تصويب المُزنِي فِي هذا القول، وقالوا: معنىٰ قول الشافعي «كان موقوفًا» أراد أن ما زاد علىٰ قدر الثمن من تركته يكون موقوفًا.

ومِن أصْحابِنا مَن قال ليس الأمر علىٰ ما ذكره، ويوقف جميع المال، لأن الذي وَزَنَاه إنما بذلاه علىٰ وجه القربة والطاعة، لأنهما استنقذاه من الرق، فلا يثبتُ لهما الرجوعُ بعوض، فتكون جميعُ تركته ميراثًا موقوفًا.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: والصحيح ما قاله المزني، والذي قاله هذا القائل من التعليل غيرُ صحيح؛ لأنه لا خلاف بين أصحابنا أنه لو بذل مالًا لكافرٍ استنقذ به[٣] مسلمًا أسيرًا فِي يده أن[٤] الكافر لا يملك ذلك المال، وإذا غلبه المسلمون عليه رد إلىٰ صاحبه، وهذا يرد ذلك التعليل، لأنه بذله علىٰ وجه القربة، ومع هذا فله استرجاعُه، فكذلك هذان إذا بذلا ذلك علىٰ وجه القربة للاستنقاذ، كان لهما الرجوع ببدله إذا قدَرَا عليه، والله أعلم.

---

(١) ليس في (ص، ف) والمثبت من المختصر.

(٢) ليس في (ص، ف) والمثبت من المختصر.

(٣) في (ص، ف): «استنقذه».

(٤) في (ص، ف): «لأن».

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ: «لَهُ عَلَيَّ دَرَاهِمُ»، ثُمَّ قَالَ: «هِيَ نُقْصٌ أَوْ زَيْفٌ»، لَمْ يُصَدَّقْ)[١].

وهذا كما قال.. النُّقص جمع ناقص، والدراهم النُّقص هي دراهم طبرية ودراهم خوارزم، ففِي الدِّرهم الطبري نصفُ درهم وقيراط من دراهم الإسلام التي هي وزن سبعة، وفِي الدِّرهم الخوارزمي أربعةُ دوانيق ونصف، فإذا أقر بألف درهم نُقْصٍ كان وصفه إياها بأنها نُقْصٌ بمنزلة الاستثناء، لأنه ينقص بعض المقدار الذي أفاده الإطلاقُ[٢].

ويُنْظَرُ، فإن ذكره[٣] متصلًا به فِي لفظه قُبِل كما يُقْبَلُ الاستثناء، وإن قاله منفصلًا عنه لم يُقْبَلْ؛ لأن الإطلاقَ يقتضي الوزن الوافي، فلا يُقْبَلُ منه ما يسقط بعضه بلفظ منفصل عنه، كما لا يُقْبَلُ الاستثناء.

هذا إذا كان الإقرار فِي بلد وزنهم وافٍ، فأما إذا كان فِي طبرية الشام أو خوارزم، فإن الشافعي قال فِي «كتاب الإقرار والمواهب»[٤]: ولو كان [ببلدٍ دراهِمُهُم][٥] كلها نقصٌ، ثم أقر بدرهم؛ كان درهمًا من دراهم البلد، ووجه

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

(٢) الدراهم أنواع ثلاثة، أولها: دراهم الإسلام، وهو أوسطها، وهي التي وزن كل واحد منها ستة دوانق، وكُلُّ دانق منها ثمان حبات، ووزن كل عشرة منها سبعة مثاقيل، وهي الدراهم الهرقلية، والدرهم الثاني: هو البغلي، وهو أعلاها ووزنه ثمانية داونق يزيد علىٰ درهم الإسلام ثلث وزنه، والدرهم الثالث: هو الطبري، وهو أدناها، ووزنه أربعة دوانق، ينقص عن درهم الإسلام ثلث وزنه.

(٣) في (ص، ف): «ذكر».

(٤) الأم (٦/ ٢٣٧).

(٥) في (ص)، (ف): «دراهم» وهو غلط، والمثبت من الأم، وجاء علىٰ الصواب في البيان (١٣/ ٤٤١).

هذا أن هذا عادتهم فِي الوزن، فكان الاعتبار بعادتهم القائمة فِي بلدهم، كما إذا أطلق الثمن فِي البيع فِي ذلك البلد رجع إلىٰ وزنهم دون الوزن الوافي.

ومِن أصْحابِنا مَن قال يرجع إقرارُه فِي ذلك البلد إلىٰ الوزن الوافي، لأنه وزن الإسلام، وهذا مخالفٌ لنصِّ الشافعي، وقال أبو العباس بن القاص: إن كان فِي بلد يتعاملون بالدراهم عددًا فأقر بدراهم، يجب أن تكون عددًا اعتبارًا بعادتهم[١]. وهذا بناء علىٰ ما قاله الشافعي فِي الإقرار فِي بلد دراهمه نُقْصٌ، وإذا قال «له عليَّ مائة درهم عددًا»، فهي وازنة، ويلزمه مائة عددًا ووزنًا، فأما العدد فبحقِّ النطق، وأما الوزن فبحقِّ العادة، وهذا فِي البلاد التي عادتهم فيها الوزن، وإن أقر بدرهم صغير فِي بلد وزنه واف، فهو درهم صغير، وازِنٌ إذا كان للناس دراهم صغار القدود، وإن قال «درهم»، فهو وازنٌ، وإن قال «درهم كبير»، فهو وازنٌ إذا كان فِي البلد دراهم كبار القدود.

وأما الزيفُ، فهي جمع زائف، فإذا أقر بألف درهم زيف، رجع إليه فِي تفسيرها، فإن فسَّرها بزيف لا فضة فيها بحال لم يُقْبَلْ منه، سواءٌ وصله بإقرارِهِ أو فصله، لأن قوله: «ألف درهم»، لا يقع علىٰ ما لا فضة فيه، إذ كانت لا تُسمىٰ دراهم، وإن فسَّرها بزيف فيها فضة، مثل الدراهم التي فيها غش، فالذي يقتضي مذهب الشافعي أنه يقبل، سواء قاله متصلًا أو منفصلًا، لأنه قال بعدها: «ولو قال «هي من سكة كذا وكذا، صُدِّق مع يمِينِه، كان أدنىٰ الدراهم أو أوسطها أو جائزة بغير ذلك البلد، أو غير جائزة»[٢].

وقال بعض أصحابنا: إن قاله متصلًا قُبِل منه كما يُقْبَلُ الاستثناء، وإن قاله منفصلًا لم يُقْبَلْ منه، لأن ذلك نقصان مما أقر به، وهذا خلافُ النصِّ.

---

(١) التلخيص (ص٣٨٥).

(٢) الأم (٦/ ٢٣٦)، والمختصر (٨/ ٢١٢).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: ولو قال: (هِيَ مِنْ سِكَّةِ كَذَا وَكَذَا، صُدِّقَ مَعَ يَمِينِهِ)[١] الفصل إلى آخره.

وهذا كما قال.. السكة هي الحديدة التي تُطبع بها الدراهم، ومعنىٰ قوله: «من سكة كذا»، أي: من ضرْبِ بلد كذا، فإذا أقر له بدراهم، رجع إليه فِي تفسيرها فِي السكة.

قال الشافعي[٢]: فبأي سكة فسَّرها، قُبِل منه، سواء فسَّرها بسكة بلده أو سكة بلد آخر لا يجوزُ فِي بلد الإقرار جوازها فِي ذلك البلد، ولا يكونُ مطلق إقرارِه راجعًا إلىٰ سكة البلد الذي أقر فيه، وهذا إذا كانا فِي الوزن سواء، والذي يقتضي مذهب الشافعي أنه يقبل، وإن كان عِيارُه ناقصًا، لأنه قال «أدنىٰ الدراهم أو أوسطها»، وإنما كان كذلك لأن اسم الدراهم يقع عليها.

وأما قول الشافعي: «إذا قال زيف، لا يُقْبلُ» أراد به إذا لم يكن فيها فضة، لأنه لا يقع عليها اسم الدراهم.

قال الشافعي[٣]: كما إذا قال «عليَّ ثوب»، يُرجع فِي تفسيره إليه، فبأي ثوب فسَّره قبل منه، سواء كان من لبس بلده الذي أقر فيه أو لم يكن.

وقد اعترض المُزنِي علىٰ هذا فقال[٤]: يلزمه من دراهم بلده، وقول

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).
(٢) الأم (٦/ ٢٤١).
(٣) الأم (٧/ ٣٠٢).
(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

الشافعي[(١)]: «إذا قال من سكة كذا صُدِّق مع يمِينِه كالثياب»؛ غلطٌ، لأن الشافعي قال «إذا قال له عليَّ درهم»، أو «دريهمات» لزمه درهمٌ وازنٌ أو دراهمُ وازنةٌ، فحمله علىٰ المعروف المتعاهد من الوزن، فكذلك فِي العيار.

قال المزني: واعتبار الشافعي الدراهم بالثياب غير صحيح، لأنه إذا قال «بعتُك هذه السلعة بثوب»، كان البيع باطلًا وإذا قال «بعتك بدراهم»، كان جائزًا، وحمل علىٰ دراهم بلده، لأن الدراهم معروفة والثياب غير معروفة، وهذا خطأٌ لأن اسم الدراهم يقع علىٰ كلِّ سكة فصدق فِي ذلك كما يصدق فِي الثياب، لأن اسم الثوب يقع عليه، ويفارق الوزن لأن فِي الوزن عرفًا غالبًا فحمل علىٰ الغالب[(٢)]، لأنه إنما يتعين فِي بلدين فقط؛ طبرية وخوارزم.

وهذا علىٰ أحد الوجهين، وإذا قلنا بالوجه الآخر المنصوص عليه أنه يحمل فِي هذين البلدين علىٰ الوزن الناقص، فإن دعوىٰ الغالب والحمل عليه لا تصح علىٰ هذا القول، ولكنا نقول: الفرقُ بينهما أن اسم الدراهم يقع فِي بلده علىٰ هذا النقد مع اختلاف النقود، واسم الدراهم لا يقع فِي بلده علىٰ هذا الوزن، لأن الدرهم فِي بلده ستة دوانيق وزن سبعة، وفِي خوارزم وطبرية الشام كذلك[(٣)] فحُمِل علىٰ عادتهم، وأما البيعُ فهو بخلاف الإقرار، لأن الإقرار خبر عن حقٍّ سابق، فيجوز أن يكون وجوبه سابقًا فِي غير هذا البلد الذي أقر فيه، ومن غير هذه السكة، والبيع ابتداء إيجاب، فيتناول النقد المعتاد فِي البلد الذي وقع فيه البيع.

---

(١) الأم (٧/ ٣٠٢).

(٢) في (ص): «الغائب»، وهو تصحيف.

(٣) زيادة ضرورية.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ «لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ فِي دِينَارٍ»، فَإِنْ أَرَادَ دِرْهَمًا وَدِينَارًا، وَإِلَّا فَعَلَيْهِ دِرْهَمٌ)[١].

وهذا كما قال.. إذا قال «له عليَّ درهم فِي دينار»، لزمه درهمٌ ثم يرجع فِي معنىٰ قوله: «فِي دينار» إلىٰ تفسيره، فإن قال «أردتُ به مع دينار»، لزمه الدينار أيضًا، وقوله: «في» يُحْتَمَلُ «مع»، كما يقال: جاء الأمير فِي الجيش، وقال الشاعر[٢]:

يَدفعُ عنها الجوعَ كلَّ مدفعِ ... خمسون بِسْطًا فِي خلايا أربَعِ

أي: مع خلايا أربع، و«الخلايا»: النوق التي ذُبحت أولادها، و«البِسط»: التي معها أولادها.. ولا يلزمه بمجرد إقرارِه إلا درهمٌ واحدٌ، لأنه يُحْتَمَلُ أن يريد أقرضني درهمًا فِي ثمن دينار، فيكون عليه درهمٌ فِي دينار علىٰ هذا التفسير، وإن قال «وزن لنفسه درهمًا فِي ثمن بعض دينار»، فيكون الحُكْمُ فيه كما لو قال «له فِي ثمن هذا العبد ألف درهم»، وقد مضىٰ بيانه، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَال «لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ»، لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا قال «له عليَّ درهم ودرهم» لزمه درهمان، لأن الثاني معطوف علىٰ الأول بواو العطف فهو مخالفٌ له فِي اللفظ، ولا يَحتمِلُ التكرار، ولو قال «درهم ودرهم ودرهم»، فإن الدرهم الثاني غير الأول، وأما

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).
(٢) البيت في لسان العرب (٧/ ٢٦٠)، وتاج العروس (١٩/ ١٤٨).
(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

الدرهم الثالث فهو كالثاني، واختلف أصْحابُنا فيما يلزمه فقال أبو علي بن خيران[١]: يلزمه درهمان، ويرجع إليه فِي الدرهم الثالث فإن قال «أردتُ التكرار»، لم يلزمه ثالث، وإن قال «أردتُ استئناف درهم ثالث»، لزمه ثلاثة دراهم، وإن قال «أطلقتُ، ولم أرد التكرار ولا الاستئناف»، ففيه قولان؛ **أحدهما**: يلزمه درهمان، **والثاني**: يلزمه ثلاثة دراهم كما قلنا فِي الطلاق، إذا قال لامرأته «أنت طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ»، وقعت تطليقتان، ويرجع إليه فِي الثالثة، فإن قال «أردتُ بها الاستئناف»، وقعت، وإن قال «أردتُ بها تكرار الثالثة»، لم تقع، وإن قال «لم يكن لي فيها نية»، ففيها قولان، وأكثر أصحابنا علىٰ أنه يلزمه ثلاثة دراهم؛ قولًا واحدًا، والفرقُ بين الإقرار والطلاق أن الطلاق يؤكد بالتكرار ويغلظ به علىٰ طريق التخويف والإرهاب، والإقرار لا يدخله الإرهاب والتخويف، فلم يحمل علىٰ التكرار.

فرع

إذا قال «لفلانٍ عليَّ درهم ثم درهم»، لزمه درهمان، لأن «ثم» من حروف العطف الخالصة كالواو، غير أنه للفصل والمهلة، ولا فائدة للفصل والمهلة فِي هذا الموضع، وإذا قال «له عليَّ درهمٌ ثم درهمٌ ثم درهمٌ»، فالحكم فيه كما لو قال «له عليَّ درهم ودرهم ودرهم»، وقد مضىٰ ذِكر ذلك.

♦ مَسْألةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: «لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ فدِرْهَمٌ»، قِيلَ: إِنْ أَرَدْتَ فَدِرْهَمٌ لَازِمٌ، فَهُوَ كدِرْهَمٍ)[٢].

---

(١) الحسين بن صالح بن خيران، أحد أركان المذهب، من كبار الأئمة ببغداد.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

وهذا كما قال.. نص الشافعي ها هنا علىٰ أنه يلزمه درهمٌ واحدٌ، ويرجع إليه فِي الزيادة، وقال فِي «كتاب الطلاق»: إذا قال «أنت طالق فطالق»، يقع طلقتان، واختلف أصْحابُنا فِي ذلك، فقال أبو علي بن خيران: لا فرق بين المسألتين فينقل جواب أحدهما إلىٰ الأخرىٰ، ويخرجان علىٰ قولين:

أحدهما: يلزمه درهمان وطلقتان، لأن الفاء من حروف العطف الخالصة، لأن حروف العطف الخوالص ثلاثة؛ الواو والفاء وثم، فهو كما لو قال «له عليَّ درهم ودرهم»، أو «ثم درهم».

والثاني: أنه لا يلزمه إلا درهم وطلقة؛ لأنه يَحتَمِلُ أن يكون دخول الفاء للصفة، مثل أن يريد درهم لازم، أو فدرهم أجود، وما أشبه ذلك من الصفات، وكذلك قوله «وطالق» يَحتمل الصفة، فلم يلزم إلا اليقين.

وسائر أصحابنا قالوا: لا يلزمه إلا درهم، ويلزمه طلقتان علىٰ حسب ما نص عليه الشافعي.

والفرقُ بينهما أن الدرهم يَحتمِلُ الصفة، وهي اللزوم والجودة، وليس كذلك الطلاق، فإنه لا يَحتمِلُ ذلك، لأنه لا يصِحُّ أن يقول «أنت طالقٌ، [فطالق لازم»، قال أبو علي الطبري فِي «الإفصاح»: ولكنه لو قال «أنت طالق][1] طلقة فطلقة»، كانت واحدة، كما قال فِي الإقرار لاحتمال الصفة، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ تَحْـتَ دِرْهَـمٍ، [أَوْ دِرْهَـمٌ][2]، أَوْ فَـوْقَ دِرْهَـمٍ،

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

فَعَلَيْهِ دِرْهَمٌ، لِجَوَازِ أَنْ يَقُولَ، فَوْقَ دِرْهَمٍ فِي الْجَوْدَةِ، أَوْ تَحْتَهُ فِي الرَّدَاءَةِ، وَكَذَلِكَ [لَوْ قَالَ][1]: دِرْهَمٌ مَعَ دِرْهَمٍ، أَوْ دِرْهَمٌ مَعَهُ دِينَارٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَقُولُ مَعَهُ دِينَارٌ لِي، وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ قَبْلَهُ دِرْهَمٌ، أَوْ بَعْدَهُ دِرْهَمٌ، فَعَلَيْهِ دِرْهَمَانِ)[2].

وهذا كما قال.. إذا قال «لفلانٍ عليَّ درهم فوق درهم»، أو «تحت درهم» أو «مع درهم»، أو «قبل درهم»، أو «بعد درهم»، أو «فوقه درهم» أو «تحته درهم»، أو «معه» أو «قبله»، أو «بعده» فهل يلزمه درهم واحد، أو درهمان؛ اختلف أصْحابُنا فِي ذلك علىٰ طريقين:

فمنهم من قال هذه المسائل كلها علىٰ قولين، لأن الشافعي أجاب عنها بأجوبة مختلفة:

أحدها: أنه يلزمه درهمان، لأن هذه الحروف بمنزلة حروف العطف، مثل: الواو، وغيرها، وقد قال: [إذا قال][3] «له عليَّ درهم ودرهم»، لزمه درهمان، فكذلك هذا.

والثاني: يلزمه درهم واحد، لأنه يَحتمِلُ أن يكون يريد فوق درهم لي، أو مع درهم لي، أو قبل درهم لي، وإذا احتمل ذلك لم يلزمه إلا اليقين.

ومِن أصْحابِنا مَن قال إذا قال «فوقه درهم» أو «تحته» أو «معه» لم يلزمه إلا درهم واحد، وإذا قال «قبله» أو «بعده درهم»، لزمه درهمان، علىٰ ما نقله المزني.

والفرقُ بينهما أن «قبل» و«بعد»، لا يَحتمِلُ إلا التاريخ وليس كذلك

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

(٣) ليس في (ص)، (ف).

«فوق» و«تحت» لأنهما يَحتملان معنًىٰ آخر، لأن «فوق» يَحتمِلُ الجودة و«تحت» يَحتمِلُ الرداءة، وإذا احتمل ذلك لم يلزمه إلا اليقين.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ «لَهُ عَلَيَّ قَفِيزٌ، لَا بَلْ قَفِيزَانِ»، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ إِلَّا قَفِيزَانِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا قال «له عليَّ قفيز، لا بل قفيزان، أو درهم، لا بل درهمان»، لزمه قفيزان ودرهمان، وقال زُفَر وداود: يلزمه ثلاثة أقفزة، وثلاثة دراهم.

واحتج من نصرهما بأنه أقر بالقفيز أولًا ثم نفاه، فلم يصح رجوعه عنه وقد لزمه ما رجع إليه فلزمه الثلاثة كما لو قال له «عليَّ قفيز حنطة، لا بل قفيزا شعير».

وهذا غلطٌ، لأن قوله «لا بل» نفيٌ للاقتصار علىٰ المقدار الذي ذكره، واستدراكٌ للزيادة عليه، فإذا كان ذلك من جنسه لم يلزمه إلا ما استدركه كما لو قال «لفلانٍ عليَّ درهم، لا بل أكثر»، فإنه لا يلزمه إلا درهم بزيادة ولا يلزمه درهم ودرهم آخر بزيادة، ويفارق إذا قال «قفيز حنطة، لا بل قفيزا شعير»، لأنه استدرك جنسًا آخر فلم يسقط الجنس الذي أقر به أولًا، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنه استدراك زيادة من جنس ما أقر به أولًا كما لو قال «لفلانٍ عليَّ درهم، لا بل أكثر».

فرع

إذا أشار إلىٰ جملتين من الدراهم حاضرتين عنده، فقال «لفلانٍ عليَّ

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

إحداهما»، وعيَّنها ثم قال «لا بل هذه الأخرىٰ» حكم عليه بالجملتين جميعًا لفلان، ولا يصح رجوعه، لأن إحدىٰ الجملتين غير داخلة فِي الأخرىٰ، ويفارق إذا قال «له عليَّ عشرة، لا بل عشرين» حيث قلنا إن رجوعه عن العشرة يصح، لأن العشرة داخلة فِي العشرين ما لم تكن معينة.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ: «لَهُ عَلَيَّ دِينَارٌ وَقَفِيزُ حِنْطَةٍ»، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ إِلَّا دِينَارٌ، لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَقُولَ: قَفِيزُ حِنْطَةٍ خَيْرٌ مِنْهُ)[١].

شرح هذه المسألة قد مضىٰ فيما تقدم، فأغنىٰ عن الإعادة.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ دِينَارٌ، لَا بَلْ قَفِيزُ حِنْطَةٍ، كَانَ مُقِرًّا بِهِمَا ثابتًا على[٢] القَفِيزِ رَاجِعًا عَنِ الدِّينَارِ، فَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ)[٣].

وهذه المسألة أيضًا قد ذكرنا علتها فغنينا عن إعادتها، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ يَوْمَ السَّبْتِ بِدِرْهَمٍ وَأَقَرَّ لَهُ يَوْمَ الْأَحَدِ بِدِرْهَمٍ، فَهُوَ دِرْهَمٌ)[٤].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

(٢) في (ص): عن.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).

وهذا كما قال.. إذا أقرَّ لرجل يوم السبت بدرهم، ثم قال يوم الأحد: له عليَّ درهم، لم يلزمه إلا درهم واحد ورجع إليه فِي التفسير، وقال أبو حنيفة: يلزمه درهمان، واحتج بشيئين:

أحدهما(١): أن هذا المقر لو أراد الدرهم الأول لعرفه بالألف واللام، كما قال الله تعالىٰ: ﴿كَمَآ أَرۡسَلۡنَآ إِلَىٰ فِرۡعَوۡنَ رَسُولٗا ۝١٥ فَعَصَىٰ فِرۡعَوۡنُ ٱلرَّسُولَ﴾ فعرفه بالألف واللام، لما أراد الرسول المتقدم.

والثاني: أنه إذا قال لها «أنت طالق يوم الأحد»، وقد كان قال لها ذلك يوم السبت، فإنه يكون طلاقًا آخر بلا خلاف، فكذلك ها هنا.

ودليلنا: أنه يَحتمِلُ أن يكون ذلك تكرارًا وإخبارًا عن الدرهم المتقدم، والأصل براءة ذِمَّته، فلا يلزمه درهم مشكوك فيه، قال أبو إسحاق: ولأن هذا يؤدي إلىٰ أن يكلف المقر علىٰ نفسه بمال إذا أراد الإشهاد علىٰ نفسه أن يجمع الشُّهود، فيقر دفعة واحدة لأنه إذا شهد علىٰ نفسه دفعتين لم تتفق الشهادة علىٰ مقدار واحد، لأن الإقرار كل ما يكون عند شاهد أوجب الزيادة علىٰ ما تقدم، وهذا يدل علىٰ بطلان قولهم.

ومن القياس أنه أعاد لفظ الإقرار علىٰ صفته من غير عطف، فلم يلزمه زيادة كما لو كرر ذلك فِي المجلس الواحد، فأما دليلُه الأولُ فإنه يبطل به إذا كرر ذلك فِي مجلس واحد، ودليلُهم الثاني وما ذكره من التعريف بالألف واللام ينبغي علىٰ قياسِهِم أن يكون إقرارُه الأول يعرف بالألف واللام، لأنه يخبر عن حقٍّ واجب عليه، وقد عرفه، فلما كان ذلك راجعًا إليه مع كونه منكَّرًا فكذلك ينبغي أن يكون الإقرار الثاني راجعًا إلىٰ الأول، وإن كان منكَّرًا.

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

والمعنىٰ فِي الطلاق أن ذلك إيقاعُ طلاق، وما وقع أمس[1] من الطلاق لا يمكن إيقاعُه اليوم، وليس كذلك الإقرار، فإنه إخبار عن حقٍّ واجب، وما أخبر عنه أمس يصح أن يخبر عنه اليوم، فوِزانُ مسألتنا من الطلاق أن يقول: طلقتها يوم السبت تطليقة ثم يعيد ذلك الإقرار فِي يوم الأحد، فإنه يرجع إلىٰ الإقرار الأول، ولا يلزمه بإطلاقِهِ طلقة أخرىٰ.

فرع

قال أبو إسحاق: إذا قال يوم السبت «له عليَّ درهم من ثمن عبد»، وقال يوم الأحد «بل له عليَّ درهم من ثمن ثوب»، لزمه درهمان، لأن ثمن العبد غير ثمن الثوب، ويفارق هذا إذا قال ذلك مطلقًا من غير أن يضيفه إلىٰ سبب، لأنه يَحتمِلُ أن يكون الذي أقر به ثانيًا هو الذي أقر به أولًا، [وليس كذلك][2] إذا أضاف كلَّ واحِدٍ من الإقرارين إلىٰ سبب غير السبب الذي أضاف الآخر إليه.

فرع

إذا قال «لفلانٍ عليَّ درهم، لا بل درهم»، لم يلزمه إلا درهمٌ واحدٌ، لأنه أمسك عن الأول ليستدرك أكثر منه ثم تذكر أنه ليس عليه أكثر من ذلك، فثبت عليه ولو قال «لفلانٍ عليَّ عشرة، لا بل تسعة»، لزمه العشرة، لأنه بقَّىٰ درهمًا من العشرة علىٰ وجه الاستثناء فلم يُقْبَلْ منه.

ويفارق هذا إذا قال «لفلانٍ عليَّ عشرة إلا درهمًا» حيث قلنا إنه يُقْبَلُ منه ذلك لأن للتسعة عبارتين؛ إحداهما بلفظ التسعة والأخرىٰ بلفظ العشرة واستثناء واحد، فبأيهما أتىٰ فقد أتىٰ بعبارة التسعة، وليس كذلك إذا قال

---

(١) في (ص)، (ف): «ليس»، وهو تصحيف.

(٢) في (ص)، (ف): «وكذلك» وهو غلط.

«عشرة لا بل تسعة»، لأنه أقر بالعشرة ثم رجع عن بعضها، فلم يصح رجوعه.

والذي يدلُّ علىٰ صحة هذا الفرقِ: أنه لو قال «له عليَّ دينار إلا درهمًا»، صح ذلك، واستثني منه قدر الدرهم، ولو قال «له عليَّ دينار، لا بل درهم»، لزمه الدينار والدرهم جميعًا.

فرع

إذا قال «له عليَّ ما بين الدرهم والعشرة»، لزمه ثمانية دراهم، لأنه أقر بما بين الواحد وبين العاشر والذي بينهما ثمانية.

فأما إذا قال «له عليَّ من درهم إلىٰ عشرة»، فمِن أصْحابِنا مَن قال «يلزمه ثمانية»، وبه قال زفر، لأنه جعل الأول حدًّا والعاشر حدًّا، والحد لا يدخل فِي المحدود، كالدار إذا بيعت فإن حدودها لا تدخل فِي البيع.

ومنهم من قال «يلزمه تسعة دراهم»، فيدخل الأول فيه، لأن لفظة «من» لابتداء الغاية، كما تقول «سِرْتُ من الكوفة إلىٰ البصرة»، ولا يدخل فيه العاشر لأنه جعله حدًّا، والحد لا يدخل فِي المحدود.

وقال أبو العباس بن القاص فِي «المفتاح»: إذا قال «له عليَّ ما بين الدرهم إلىٰ العشرة»، لزمه تسعة دراهم، فأدخل فِي إقرارِه الدرهم العاشر، وزعم أن الشافعي قاله نصًّا، فعلىٰ هذا القياس يجيءُ فِي مسألتنا وجهٌ ثالثٌ وهو أنه يلزمه العشرة، وهو قول محمد بن الحسن.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِذَا قَالَ: «لَهُ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً»، فَكَمَا قَالَ، لأَنَّهُ وَصَلَ، وَلَوْ سَكَتَ ثُمَّ قَالَ بَعْدُ: «وَهِيَ وَدِيعَةٌ وَقَدْ هَلَكَتْ»، لَمْ تُقْبَلْ مِنْهُ، لأَنَّهُ حِينَ

أَقَرَّ ضَمِنَ ثُمَّ ادَّعَى الْخُرُوجَ، فَلَا يُصَدَّقُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف درهم»، أو «عندي»، أو «قِبَلِي ألف درهم» ثم فسر ذلك بالوديعة نُظِرَ، فإن كان وصل التفسير بالإقرار، قبل ذلك منه، وكذلك إن فصله، لأنه أوجب علىٰ نفسه بإقرارِهِ مالًا، وقد يكون الإيجاب تارة دينًا وتارة عينًا، لأن ذلك كله حق لصاحبه، وأما إذا قال «قد أقررتُ لك بالألف، وكانت وديعةً لك عندي، وكان عندي أنها باقية حين الإقرار»، وإذا أنها كانت تالفة لم يُقْبَلْ منه لأنه كذب بالتفسير نفسه فِي إقرارِه، لأن الوديعة إذا هلكتْ من غير تعدٍّ فلا حق للمودِعِ عند المودَعِ، فأما إذا قال «كانت باقيةً وقت الإقرار ثم إنها هلكتْ بعد ذلك»، قُبِل منه ذلك التفسير، فأما إذا قال «عليَّ ألف درهم وديعة هلكتْ»، فقد عقب الإقرار بما يُسْقِطُه، ففيه قولان؛ **أحدهما**: يُقْبَلُ منه ذلك، **والثاني**: لا يُقْبَلُ منه التفسير، ويلزمه الألف، وهكذا الحكم لو قال «عليَّ ألف درهم من ثمن خنزير»، أو «ألف قبضها» ففيه القولان.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ: «لَهُ مِنْ مَالِي أَلْفُ دِرْهَمٍ»، سُئِلَ فَإِنْ قَالَ: «هِبَةٌ»، فَالْقَوْلَ قَوْلُهُ؛ لأَنَّهُ أَضَافَهَا إِلَى نَفْسِهِ، وَإِنِ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُبَيِّنَ، فَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا أَنْ يُقِرَّ وَرَثَتُهُ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا قال رجلٌ «لفلانٍ عليَّ من مالي ألف[٣] درهم»، كان له تفسيرُه بالهبة، ولا يكونُ إطلاقُه إقرارًا، لأنه أضاف إلىٰ نفسه، وجعل له

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٢).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).
(٣) ليس في (ص)، (ف).

ألفًا منه، وهذا يقتضي أن يكون هبة، ولا يكونُ إقرارًا، لأن ماله لا يصير لغيره إلا علىٰ وجه الهبة، فإن فسَّره بالإقرارِ أو مات ففسَّره ورثته بالإقرارِ لزمه ذلك.

فأما إذا قال «له فِي مالي ألف درهم»، فقد ذكرنا أن الشافعي[١] نص فِي «الإقرار والمواهب» علىٰ أن ذلك إقرار بألف درهم، وذكر فِي مسألة الميراث وهي إذا قال[٢] «لفلانٍ فِي ميراثي من أبي ألف درهم»، أنه يكون هبة، ولا يكونُ إقرارًا إلا أن يُفسِّرَه به، والفرقُ بينهما أن الدين لا يختصُّ وجوبُه بميراثه من أبيه، بل يختص وجوبه بماله، لأن الدين الذي عليه لا يكونُ إلا فِي ماله.

قال أبو بكر الصيرفي[٣]: وهذا كما قال الله تعالىٰ: ﴿فِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقّٞ مَّعۡلُومٞ﴾ وأراد به حقًّا واجبًا عليهم فِي أموالهم، فدل علىٰ أن هذه اللفظة فِي إطلاقِ الاستعمال تقتضي الوجوب دون الهبة.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ «لَهُ مِنْ دَارِي هَذِهِ نِصْفُهَا»، فَإِنْ قَالَ «هِبَـةً»، فَـالْقَوْلُ قَوْلُهُ، لأَنَّهُ أَضَافَهَا إِلَى نَفْسِهِ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُبَيِّنْ، لَـمْ يَلْزَمْـهُ إِلَّا أَنْ يُقـرَّ وَرَثَتُهُ، وَإِنْ قَالَ «لَهُ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ نِصْفُهَا»، لَزِمَهُ مَا أَقَرَّ بِهِ)[٤].

وهذا كما قال.. قد مضتْ هذه المسألة، وذكرنا أنه إذا أضاف ذلك إلىٰ نفسه، كان هبة، وإن لم يضفه كان إقرارًا، وفرقنا بين الموضعين، فإنه إذا قال

(١) الأم (٣/ ١٥١).

(٢) الأم (٣/ ١٥١).

(٣) محمد بن عبد الله الصيرفي، ت سنة ٣٣٠.

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

«من داري هذه» فقد أضاف جميعَ الدار إلىٰ نفسه، ثم جعل نصفها له، فالظاهر أنه هبةٌ إلا أن يريد الإقرار، وإذا لم يُضِفْها إلىٰ نفسه فما أثبت الملك لنفسه، فكان الظاهر أنه إقرار.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ «هَذِهِ الدَّارُ لَكَ هِبَةً عَارِيَةً»، أَوْ «هِبَةً سُكْنَى»، كَانَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَهَا مِنْهُ مَتَى شَاءَ)[١].

وهذا كما قال.. إذا قال «هذه الدار لفلانٍ هبة عارية»، أو «هبة سكنىٰ»، كان ذلك إقرارًا بالعارية، لأنه أقر أن[٢] يهبه منفعتها، فما سكنها فقد قبضه وما لم يسكنها فلم يقبضه، فله الرجوع أي وقت أراد.

فإن قيل: هلا قلتم إنه لا[٣] يُقْبَلُ هذا التفسير، لأن الإقرار حصل بالدار وقد فسَّره بمنافعها.

فالجوابُ: أنا لا نسلِّم أن الإقرار حصل بالدار، لأنَّا قد بينا أن قوله: «هذه الدار»، إشارة إليها، وقوله «هبة سكنىٰ»، هذا هو ابتداء اعتراف بهذه السكنىٰ.

وجواب آخر؛ وهو أن قوله «الدار» يقتضي رقبة الدار ومنافعها، فإذا فسر ذلك بالمنافع صار كما لو أقر بجملة واستثنىٰ أكثَرَها، فإن ذلك يصح، فكذلك ههنا، والله أعلم بالصواب.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) ليس في (ص)، (ف).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ لِلْمَيِّتِ بِحَقٍّ، وَقَالَ: هَـذَا ابْنُـهُ، وَهَـذِهِ امْرَأَتُـهُ، قُبِـلَ مِنْهُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا قال «لفلانٍ الميت عليَّ كذا، وهذا ابنُه، وهذه امرأتُه»، ولا وارث له غيرهما، لزمه تسليمُ المال إليهما، لأنه أقر بأنه لا مستحق غيرهما، فالدفع مبرئ له ويفارق هذا إذا أقر للغائب بألف وأقر لرجل بأنه وكيله حيث قلنا: لا يلزمه تسليم المال إليه لأن ذلك الدفع غير مبرئ وقد بينا هذا الفرقَ فِي «كتاب الوكالة»[٢] فأغنىٰ عن الإعادة.

فأما إذا أقر فقال «هذا المال لفلانٍ الميت»، أو قال «لفلانٍ الميت عليَّ كذا وهذا الطفل ابنه، وهذا وصيه»، فقد حكينا عن أبي حنيفة أنه قال لا يلزمه التسليم إليه، والذي يجيءُ علىٰ مذهبنا كذلك، لأنه لا يبرأ بالدفع إلىٰ ذلك الوصي إذ كان غير آمن أن يبلغ ذلك الطفل فينكر أن يكون ذلك الرجل كان وصيًّا، فإذا أنكر سمع ذلك منه.

فإن قيل: أليس إذا أقر بأن عليه لفلانٍ الميت كذا، وجب عليه تسليمُ ذلك إلىٰ الحاكم ليحفظه للطفل فما الفرقُ بينهما؟ **فالجوابُ:** أنه لا يجوزُ أن يكون ذلك المال للطفل ولا يثبتُ للحاكم عليه ولاية، ويجوزُ أن يثبت له المال، ولا يكونُ للوصيِّ عليه ولاية، وإذا بلغ الطفلُ أمكنه أن ينكر الوصي، وهذا ولده ولا يمكنه أن ينكر الحاكم فيقول: «ما كان حاكمًا» فوِزَانُ ذلك من الوصي أن يكون له علىٰ الوصية إليه بينة، لأنه إذا بلغ فأنكر ذلك أقام عليه البينة بأنه وصي، فلا يمكنه ردُّها وإنكارُ الوصية إليه، والله أعلم بالصواب.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

(٢) كتاب الوكالة (ج ١٠ ص ١٢٠).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ: «بِعْتُكَ جَارِيَتِي هَذِهِ، فَأَوْلَدْتَهَا»، وَقَالَ: «بَلْ زَوَّجْتَنِيهَا، وَهِيَ أَمَتُكَ»، فَوَلَدُهَا حُرٌّ، وَالْأَمَةُ أُمُّ وَلَدٍ وَإِنَّمَا ظَلَمَهُ الثَّمَنَ، وَيَحْلِفُ وَيَبْرَأُ فَإِنْ مَاتَ فَمِيرَاثُهُ لِوَلَدِهِ مِنَ الأَمَةِ وَوَلَاؤُهَا[١] مَوْقُوفٌ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا كان لرجل أَمَةٌ فوطئها رجلٌ، واختلفا، فقال السيد: «بعتُكها، فالجاريةُ مملوكةٌ لك وعليك الثمن»، وقال الواطئ: «زوجتنيها، فالجارية لك، وعليَّ مهرها»، فإن كلَّ واحِدٍ منهما يدَّعي علىٰ صاحبه عقدًا، وينكر ما يدعيه صاحبه عليه، فلكلِّ واحِدٍ منهما أن يحلف، وينفِي بيمينه ما يدعي صاحبه عليه، فإن حلف سيدها أنه ما زوجها، وحلف الواطئ أنه ما اشتراها، رجعت الجارية إلىٰ سيدها، لأن الواطئ حلف أنه ما اشتراها، فسقط الشراء، وحلف السيد أنه ما زوجها، فسقط النكاح.

وفِي كيفية رجوعها وجهان:

أحدهما: أنه ترجع إليه كما يرجع المبيع إلىٰ البائع بإفلاس المشتري بثمنه، لأنه تعذَّر عليه الوصولُ إلىٰ الثمن الذي يدعيه بامتناع خصمه ويمينه، كما لو تعذَّر بإفلاسه مع إقرارِه، فعلىٰ هذا يحتاج سيدُها أن يقول: «فسختُ العقد»، كما يحتاج إلىٰ ذلك البائع فِي استرجاعه المبيع من المشتري إذا أفلس، فإذا فسخ حصلت الجارية ملكًا له ظاهرًا وباطنًا.

والثاني: أنه يرجع عليه بمعنىٰ رجوع مال من عليه الدينُ ولا يقضيه وليس بمفلس، لأن له عليه ثمن الجارية، وقد امتنع عن أدائه بثمنه، وقد قدر هو عليها، وهي مالٌ له، فعلىٰ هذا يبيعها، فإن كان ثمنها وَفْقَ حقِّه أخذه، وإن

---

(١) في (ص)، (ف): وولادها، بالدال المهملة، وهو تصحيف.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

كان أقلَّ من حقه كان الباقي فِي ذمة الواطئ، وإن كان أكثر من حقِّه احتال فِي رد ذلك الفضل إلىٰ الواطئ.

هذا إذا حلفا معًا، فأما إذا حلف سيدُها أنه ما زوَّجها، ونكل الواطئ عن اليمين رُدَّت عليه، فيحلف أنه ما باعها منه، فإذا حلف علىٰ ذلك ثبتت الجارية فِي الحكم ملكًا للواطئ، وكان له عليه الثمن؛ لأنه قد أثبت بيمينه أنه اشتراها منه.

وإن حلف الواطئ أنه ما اشتراها، ونكل سيدُها عن اليمين فرُدَّت علىٰ الواطئ، فحلف أنه تزوجها ثبتتِ الزوجيةُ ورجعتِ الجاريةُ إلىٰ سيدها، فكان له ملك رقبتها، فإذا ارتفع النكاحُ بينها وبين الواطئ حلَّ لسيدها وطؤها فِي الحكم، وأما فِي الباطن فهو علىٰ ما يعرفه من نفسه، فإن كان صادقًا فِي دعواه لم يحلَّ له وطؤها، وإن كان كاذبًا فِي دعواه حلَّ له وطؤها.

وأما المهرُ فإن الواطئ مقر له به، وهو لا يدعيه، هذا إذا وطأها ولم يُحبلها، فأما إذا أحبلها وولدت(١) منه فهو يدعي أن الأمةَ ملكُ الواطئ وأن الولد انعقد حرًّا وأن الجارية صارتْ أم ولد له وإن كان له عليه الثمنُ، والواطئ يدعي أنها زوجتُه وأنها ملكٌ لسيدها وأن الولد رقيق.

فإذا ثبت هذا فإن الولد حُرٌّ والجارية أم ولد فِي حق السيد، لأن ذلك إقرار علىٰ نفسه بما يضره، فقُبِل منه، ولا يستحقُّ الثمن عليه إلا ببينة، والقولُ قولُ الواطئ مع يمِينِه أنه اشتراها منه، فإذا حلف برئ من الثمن.

وهل للسيد أن يرجع عليه بشيء؟ فِي ذلك وجهان:

أحدهما: يستحقُّ الرجوع علىٰ الواطئ بأقلَّ الأمرين من ثمن الجارية أو مهرها، فإنه واجب عليه باتفاقهما.

---

(١) في (ص): «ولدت».

والثاني: أنه لا يستحقُّ عليه شيئًا، لأنَّا حكمنا بعدم المبيع بيمين الواطئ والنكاح الذي اعترف به الواطئ والمهر الذي أقر به له لا يدعيه، فلم يثبت له عليه شيء.

وهل يحلُّ للواطئ وطْءُ هذه الجارية أم لا، ينظر:

فإن كان يعلم أنه صادقٌ فيما يدعيه من النكاح حل له ذلك فيما بينه وبين الله تعالىٰ، لأنها امرأته، ويمنع منه فِي الحكم.

هذا إذا حلف الواطئُ ونكل السيدُ، فأما إذا حلف السيدُ ونكل الواطئُ حكم عليه بثمن[1] الجارية وحكم بالجارية للواطئ، وإذا حلف واحدٌ منهما لم ترجع الجارية إلىٰ البائع لأنه أقر بما يمنع رجوعها إليه.

وهل يستحق علىٰ الواطئ شيئًا أم لا؟ علىٰ الوجهين؛ **أحدهما**: أنه يستحق أقلَّ الأمرين من الثمن أو المهر، **والثاني**: لا يستحق شيئًا لما ذكرنا.

فأما الكلام فِي النفقة، فإن نفقة الولد علىٰ الأب - وهو الواطئ - وأما نفقة الأمة، ففيها وجهان؛ **أحدهما**: تكونُ علىٰ سيدها دون الواطئ، لأن إقرارَهُ قبلناه فيما يضره، ولا نقبله فيما ينفعه، **والثاني**: يكونُ ذلك كسبها وما فضل من كسبها بعد نفقتها يكون موقوفًا، لأن كلَّ واحِدٍ منهما يقر بأنه لصاحبه.

فإن ماتت الجاريةُ قبل موت الواطئ، كان ما فِي يدها من كسْبِها موقوفًا بعد أن يأخذ السيدُ منه مقدار الثمن، لأنه يستحقُّه علىٰ اليقين، لأنها إن كانت له فجميعُ كسْبِها له، وإن كانت للواطئ فهو يستحقُّ مقدار الثمن قبل موتها وعتقت الجارية بموته، لأنَّا حكمنا بأنها أم ولده، ثم إذا ماتت بعد ذلك فإن كان ولدها حيًّا ورثها، وإن مات ولدها كان مالها موقوفًا، لأنَّا لا نعلم أن

---

(١) في (ص)، (ف): «بيمين»، وهو تحريف.

الولاء للسيد أو للواطئ، وليس لسيدها أن يأخذ من تركتها قدر الثمن، لأنه لا يستحق ذلك إلا علىٰ الواطئ والميراث ليس له، لأنه مات قبلها.

ويفارق إذا ماتت قبل موت الواطئ، لأن ما فِي يدها يكون ملكًا له إذ كان هو مالكها، فلهذا جعلنا له مقدار الثمن منها

هذا إذا لم يرجع أحدٌ منهما، فأما إن رجع سيدُها عن دعوىٰ البيع سقط الثمن عن الواطئ، ولا يُقْبَلُ رجوعُه بإسقاط حقها من الحرية وحق ولدها، ويكون له المهر، وإن رجع الواطئ كان عليه الثمن[1] لسيدها.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَإِذَا قَالَ: «لَا أُقِرُّ وَلَا أُنْكِرُ»، قُلْتُ لَهُ تَحْلِفُ فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ، حَلَفَ صَاحِبَهُ مَعَ نُكُولِهِ وَاسْتَحَقَّ)[2].

وهذا كما قال.. إذا ادَّعىٰ عليه بين يدي الحاكم، فقال «لا أقر ولا أنكر»، قال له الحاكم «هذا ليس بجوابٍ، فأجبْ بجوابٍ صحيح، فإن أجبتَ وإلا جعلتُك ناكلًا ورددتُ اليمينَ علىٰ صاحبك»، وإن لم يجب بجواب صحيح، فالمستحبُّ أن يكرر ذلك عليه ثلاث مرات، فإن لم يجب بجواب صحيح، جعله ناكلًا، ورد اليمين علىٰ صاحبه، وإن رد اليمين بعد المرة الأولىٰ جاز؛ لأنه هو القدر الواجب[3].

وإنما جعلناه ناكلًا بذلك، لأنه لو أجاب بجواب صحيح ثم امتنع من اليمين جُعل ناكلًا، فإذا امتنع عن الجوابِ واليمين فأولىٰ أن يكون ناكلًا، وهكذا لو قال «لا أدري ما تقول»، لأن ذلك ليس بجواب صحيح مع علمه

---

(١) في (ص، ف): «اليمين»، وهو تصحيف.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

(٣) بحر المذهب (٦/ ١٥٣) والبيان (١٣/ ١٠٤) وكفاية النبيه (١٨/ ٢٣٦).

بما يقول.

وإن قال «أقر ولا أنكر»، لم يكن ذلك جوابًا صحيحًا، لاحتمال أن يريد أقر فيما بعد، أو أقر بوحدانية الله تعالىٰ، وكذلك يُحْتَمَلُ قوله «لا أنكر فضلك»، أو «لا أنكر وحدانية الله تعالىٰ»، فإذا كان ذلك محتملًا؛ لم يصح جوابه به حتىٰ يقطع الاحتمال ويصرح بالجوابِ حتىٰ يمكن الحاكم أن يحكم به.

وكذلك إن قال «أنا مقر»، أو «منكر»، لم يكن جوابًا صحيحًا، فأما إذا قال «لي عليك ألف درهم»، فقال «نعم»، أو قال «أجل»، كان ذلك إقرارًا، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ: «وَهَبْتُ لَكَ هَذِهِ الدَّارَ، وَقَبَضْتَهَا»، ثُمَّ قَالَ: «لَمْ تَكُنْ قَبَضْتَهَا»)[1]، الْفَصْلُ إِلَى آخِرِهِ.

وهذا كما قال.. إذا قال «وهبتُ هذه الدار لفلانٍ وقبضها» ثم قال «ما كان قبضها، وإنما كنا توافقنا علىٰ الإقرار بالقبض، ولم يحصل القبض، فحلِّفوه أن الدار كانت مقبوضة له حين الإقرار»، فقال أبو إسحاق: إن كان المقر لم يتأول إقباضها قُبِل منه ذلك، وحلف المقر له بأنه لا يكذِّبُ نفسه فِي القبض الذي أقر به، لأنه يقول «راسلني وكيلي بأنه أقبضه الدار فأقررتُ بذلك ثم بان أنه ما كان أقبضها إياه»، فأما إن كان تولىٰ الإقباض بنفسِهِ لم يُسْمع منه رجُوعه ولا يحلفُ المقر له، لأنه يكذب إقرارَه بتلك الدعوىٰ.

وسائر أصحابنا قالوا: لا تُسمع منه تلك الدعوىٰ، ويحلفُ له سواء كان

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

تولىٰ القبض أو ناب عنه وكيلُه فيه، لأن العادة جرت فِي المعاملات أنهم يقدمون الإشهاد فيها علىٰ القبض والتسليم، وإذا كان كذلك سُمع قولُه وحلف المقر له، وهذا ظاهر قول الشافعي، لأنه أطلق الكلام فيه.

وكذلك إذا ذكر فِي كتاب الابتياع أنه أقر بتسليم المبيع أو الثمن فادَّعىٰ أنه أقر بذلك قَبْلَ القبض والتسليم وطلب يمين صاحبه فإنه يحلف، لأن العادة جرت بتقديم الشهادة علىٰ ذلك قبل وجوده.

وكذلك إذا أقر فقال «له عليَّ ألف درهم»، ثم قال «وعدني أن يقرضني ألفًا وتوافقنا علىٰ الإقرار بها قبل القبض فحلِّفوه أنني قبضتُها ثم أقررتُ بها»، فإنه يحلف علىٰ ذلك لما ذكرنا من التعليل.

فأما إذا شهد عليه شاهدان أنه وهب هذه الدار لفلانٍ وأقبضها إياه ثم ادَّعىٰ أنه ما كان أقبضه، وطلب يمينه علىٰ أنه كان أقبضها، لم يسمع ذلك منه، لأن فيه طعنًا علىٰ البينة، لأنها شهدت بنفس القبض.

فأما إذا شهدت بإقرارِهِ بالقبض، فقال «صدقت البينة وقد أقررتُ بذلك قبل أن أقبضها إياه، فحلفوه أنه قبضها حين أقررتُ»، حلف علىٰ ذلك، لأنه لا يكذب البينة، والتعليل فيما مضىٰ.

وأما إذا أقر له بهبة مال ثم اختلفا، فقال الموهوب له «أقررتُ بالهبة بعد القبض»، وقال الواهب «ما كنتُ أقبضتُ الموهوب حين أقررتُ»، فإن القولَ قولُ الواهب، لأنه اختلاف فِي القبض والإذن فيه، والأصلُ عدمُ القبض وعدم الإذن.

ولا فرق بين أن يكون الموهوب فِي يد الواهب أو فِي يد الموهوب منه، لأنه قد يقبضه بغصب، وغير ذلك، فكونه فِي يده، لا يدل علىٰ صحة القبض.

ومِن أصْحابِنا مَن قال إذا كان الموهوب فِي يد الموهوب منه لم يفتقر قبضه إلىٰ الإذن فيه، والقولُ قولُ الموهوب له.

والصحيح ما ذكرناه، وقد استوفينا هذه المسألة فِي «كتاب الرهن».

وقد ذكر المُزنِي المسألة الأولىٰ، وذكر فيها تعليل هذه المسألة الأخيرة، لأنه قال: (**لِأَنَّهُ قال: لَا تَتِمُّ الْهِبَةُ إلَّا بِالْقَبْضِ عَنْ رِضَا الْوَاهِبِ**)[1]، وهذا تعليل مسألة الاختلاف فِي قبض الموهوب، وتعليل المسألة الأولىٰ ما ذكرناه من جريان العادة علىٰ تقديم الشهادة بالقبض قبل وجوده.

فرع

إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف درهم، إذا جاء رأسُ الشهر»، كان ذلك إقرارًا، وإذا قال «إذا جاء رأسُ الشهر، فلفلانٍ عليَّ ألفُ درهم»، لم يكن ذلك إقرارًا.

والفرقُ بينهما أن فِي المسألة الأولىٰ أقر مطلقًا، ثم ادَّعىٰ التأخير بعد ذلك، فصحَّ الإقرار، وكان معنىٰ قوله: «إذا جاء رأسُ الشهر»؛ أنه يحلُّ بمجيئه، لأنه يجوز أن يكون مؤجَّلًا عليه إلىٰ رأس الشهر.

وفِي المسألة الثانية قدَّم التعليقَ بالصفة ثم أقر، والإقرار لا يتعلقُ بالصفات المستقبلة، فلم يصح ذلك، وهذا كما قلنا إذا قال لرجل «إذا جاء رأسُ الشهر فبع»؛ صح[2]، وإذا قال «إذا جاء رأسُ الشهر فقد وكلتُك ببيع كذا»، لم يصح.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فِي هذه المسألة نَظَرٌ، لأنه لا فرق بين أن يقول «عليَّ كذا إذا جاء رأسُ الشهر، وإذا جاء رأسُ الشهر فعليَّ كذا».

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

(٢) ليس في (ص)، (ف).

والفرقُ بينها وبين مسألة الوكالة واضح، لأنه إذا قال «إذا جاء رأسُ الشهر فقد وكلتُك»، فقد علَّق التوكيل بصفة، فلهذا لم يَجُزْ، وإذا قال «وكلتُك، فإذا جاء رأس الشهر فبع»، فما علَّق الوكالة بصفة، فلهذا صح.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَ عَبْدَهُ مِنْ نَفْسِهِ بِأَلْفٍ، فَإِنْ صَدَّقَهُ الْعَبْدُ عُتِقَ، وَالْأَلْفُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَنْكَرَ، فَهُوَ حُرٌّ وَالسَّيِّدُ مُدَّعٍ، وَعَلَى الْمُنْكِرِ الْيَمِينُ)[1].

وهذا كما قال.. إذا باع من عبده نفسه، فقال «بعتُك نفسك»، فقد نقل المُزني أنه يصح، وقال الربيع: فيه قولٌ آخر؛ أنه لا يصح، فمِن أصْحابِنا مَن قال المسألةُ على قولين، وقال أبو إسحاق: هو عتقٌ بشرط ضمان المال، وسماه الشافعي بيعًا، لأنه فِي معنى البيع، ويصحُّ قولًا واحدًا، وأكثر أصحابنا ذهبوا إلى أنه على قولين.

فإذا قلنا لا يصِحُّ البيع، فوجهه شيئان:

أحدهما: أن الثمن لا يخلو إما أن يكون عينًا أو دينًا، فإن كان عينًا لم يصح، لأن ما فِي يده للسيد، ولا يجوزُ أن يكون دينًا، لأنه لا يلزم العبد لسيده مال فِي الذِّمَّة بحال، ألا ترى أنه إذا أتلف مالًا لسيده لم يلزمه ضمانه له.

والثاني: أن البيعَ إذا صحَّ كان الثمنُ عليه حالًّا، وعلى مذهب الشافعي لا تجوزُ الكتابة الحالَّة، والبيعُ الحالُّ فِي معناها.

وإذا قلنا يصح، فوجهه شيئان:

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

أحدهما: أن [كل من][١] صحَّ من جهته ضمانُ المال فِي مقابلة العتق، صح منه التزامُ العوض فِي مقابلة العتق بالبيع كالأجنبي، ومعنىٰ صحةِ ضمانِ المالِ من جهة العبد أن يقول له سيده: «إن ضمنت لي ألفًا، فأنت حر»، فضمن ذلك، صح ذلك.

والثاني: أن المقصود من هذا البيع الحرية بعوض يثبت فِي الذِّمَّة، وذلك يصح، كالعتق بضمان المال، والعتق بدفع المال.

فإذا قلنا بهذا، فالجوابُ عما قلناه من الدليل للقول الأول هو أنه لا يجوزُ أن نلزمه مالًا لسيده بالإتلاف ويجوز أن نلزمه علىٰ وجه العوض، كما لو قال له: «إن أعطيتني ألفًا فأنت حر، وإن ضمنت لي ألفًا فأنت حر».

وأما قولهم إنه فِي معنى الكتابة الحالة، فالجوابُ أنه ليس كذلك، لأن المقصودَ فِي الكتابة العتقُ، فقد تعلق بأداء مالٍ حالٍّ، فإذا تعلق بمالٍ حالٍّ كان فيه غررٌ؛ لأنه لا يقدر علىٰ مال حالٍّ فلذلك لم يصح، وليس كذلك فِي البيع؛ لأن العتق فيه لا يتعلق بتسليم المال، فلهذا صح حالًّا.

إذا تقرر هذا، فإن قلنا لا يصِحُّ البيعُ فلا تفريع عليه، وإن قلنا يصح فإذا ادَّعىٰ السيدُ ذلك علىٰ العبد وصدَّقه عتق ولزم العبدَ الثمنُ، وإن كذَّبه العبدُ كان القولُ قولَه مع يمِينِه، لأن الأصلَ عدمُ البيع، فإذا حلف عتق بإقرار السيد ولم يلزمه المال، لأن إقرارَهُ يضمن عتقه فلزمه ذلك.

ومثل هذا إذا قال «بعتُك هذا العبد، واشتريتُه وأعتقتُه»، فحلف المشتري أنه ما اشتراه، سقطت الدعوىٰ وعتق العبد بإقرار السيد.

---

(١) في (ص)، (ف): «كان ما».

وكذلك إذا قال «بعتُك ابنك، وقد اشتريتَه مني، فعليك الثمن»، فحلف المشتري علىٰ إنكار ذلك، سقطت الدعوىٰ وعتق العبد.

وكذلك إذا قال لامرأته «قد طلقتُك بألف وقبلتِ ذلك»، فأنكرته، كان القولُ قولَها مع يمينِها، فإذا حلفتْ سقطت الدعوىٰ، ولزمه الطلاق البائن بإقرارِهِ، ولم تثبت له الرجعة والتعليل ما ذكرناه.

فإن قيل: قد ناقضتم لأنكم قلتم إذا ادَّعىٰ عليه أنه اشترىٰ منه عبدًا وأنكر ذلك وحلف، رجع العبدُ إلىٰ البائع، وقد أقر بأنه ليس بملك له.

فالجوابُ أنه كيف يرجع إليه [فيه وجهان؛ **أحدهما:** بالفسخ، **والثاني:** يرجع إليه][1] بمعنىٰ من عليه دين يمتنع أن يقضيه، وقد ذكرنا ذلك فيما مضىٰ، والعتق مخالفٌ لذلك لأنه لا يلحقُه الفسخُ، والحُرُّ ليس بملك فافترقا، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ رَجُلٌ بِذِكْرِ حَقٍّ مِنْ بَيْعٍ، ثُمَّ قَالَ: «لَم أَقْبَضْ الْمَبِيعَ»، أَحْلَفْتُهُ مَا قَبَضَ، وَلَا يَلْزَمُهُ الثَّمنُ[2] إِلَّا بِالْقَبْضِ)[3].

وهذا كما قال.. وجملته أن فيه ثلاث مسائل:

الأولى: إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف درهم»، ثم سكت، ثم قال: «لم

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف)، وفي العبارة قلق واضطراب، ولعل صوابها أن تكون هكذا: «وقد أقر بأنه ليس بملك له فكيف يرجع إليه؟ فالجواب أنه فيه وجهان... إلخ» والله أعلم بالصواب.

(٢) في (ص)، (ف): «اليمين»، وهو تصحيف.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

أقبضها»[١].

والمسألة الثانية: إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف درهم من ثمن مبيع»، ثم سكت، ثم قال «لم أقبضه»، قُبل منه ذلك، لأن قوله «لم أقبضه» بعد السكوت لا ينافِي إقرارَه المتقدم، لأنه قد يكون بألف درهم ثمنًا، ولا يجب عليه تسليمُها حتىٰ يقبض المبيع، ولأن الأصل عدم القبض[٢].

والمسألة الثالثة: أن يقول «له عليَّ ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبضه»، لم يلزمه أيضًا، لأنه إذا فصل لم يلزمه، فإذا وصل أولىٰ أن لا يلزمه.

إذا ثبت هذا، فلا فرق بين أن يعين المبيع أو يطلقه، وقال أبو حنيفة: إذا عيَّنه قُبل منه وَصَل أو فَصَل، وإذا أطلقه لم يُقْبَلْ منه ولزمه.

واحتج من نصره بأنه إذا أطلق ولم يعين فالمبيع مجهول، والمبيع إذا كان مجهولًا لم يثبت الثمن فِي مقابلته كما لا يثبت فِي مقابلة الخمر والخنزير، وإذا كان كذلك فقد فسر إقرارَه بما يُسْقِطُه، فلم يصح.

ودليلنا أنه أقر بحق فِي مقابلة حق له لا ينفك أحدهما عن الآخر، فإذا لم يسلم ما له لم يلزمه ما عليه كما لو عين المبيع.

فأما الجوابُ عن قولِهِم أنه إذا أطلق المبيع لم يثبت الثمن فِي مقابلته، فهو أن الإقرار بالمبيع المطلق لا يدل علىٰ أن المبيع كان مجهولًا حال البيع،

---

(١) من الواضح أن هذا الموضع أصابه خلل، لأن هذه الصورة المذكورة لا يبين منها شيء، وإنما حقها أن تكون كما ذكرها الحاوي الكبير (٧/ ٧٥) وبحر المذهب (٦/ ١٥٩) إذا قال «لفلان عليَّ ألف» وسكت، ثم قال بعد مدةٍ «من ثمن مبيع لم أقبضه»، **لا يقبل قوله**، لأنه يريد إسقاطه بعد الثبوت.

(٢) وهكذا لو قال «بعت داري من فلان» ثم قال متصلًا به أو منفصلًا عنه «لم أقبض الثمن» لم يجبر علىٰ تسليم الدار إليه، والقول قوله مع يمينه أنه ما قبض ثمنها.

لأنه يجوز أن يخبر مطلقًا، وقد وقع العقدُ علىٰ معين، وأما إذا فسَّره بثمن خنزير فلا نسلِّم - علىٰ أحد الوجهين - أنه يُقْبَلُ تفسيره، وإن سلمنا علىٰ الوجه الآخر فالفرقُ بينهما أن هناك فسَّره بما يُسقِطُ إقرارَه فكان فيه تكذيبٌ لنفسه، وها هنا فسَّره بما لا يكذِّبُ نفسه، فهو بمنزلة ما لو عيَّن المبيع.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدٌ عَلَى إِقْرَارِهِ بِأَلْفٍ وَآخَرُ بِأَلْفَيْنِ، فَإِنْ زَعَمَ الَّذِي شَهِدَ بِأَلْفٍ أَنَّهُ شَكَّ فِي الأَلْفَيْنِ[1] وَأَثْبَتَ أَلْفًا، فَقَدْ ثَبَتَ لَهُ أَلْفٌ بِشَاهِدَيْنِ، وَإِنْ أَرَادَ الْأَلْفَ الْأُخْرَى حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ، فَكَانَتْ لَهُ)[2].

وهذا كما قال.. إذا شهد عليه رجلٌ أنه أقر لفلانٍ بألف درهم، وشهد له آخر أنه أقر بألفين، وأضافا ذلك إلىٰ شيئين مختلفين؛ مثل أن يقول أحدهما: «ألف من ثمن ثوب»، ويقول الآخر: «ألفين من ثمن عبد»، فإن شهادتَهما لم تتفقْ علىٰ شيءٍ واحدٍ؛ إذ ثمنُ الثوب غير ثمن العبد، فثبت له بالألف شاهدٌ واحدٌ، فله أن يحلف معه، ويثبت له بالألفين شاهدٌ واحدٌ، فله أن يحلف معه.

فأما إذا أطلقا ولم يضيفاه إلىٰ شيئين مختلفين أو أضافاه إلىٰ سبب متفق؛ مثل أن يقول أحدُهما: «ألف من ثمن عبد»، ويقول الآخر: «ألفين من ثمن عبد»، أو أضاف أحدُهما إلىٰ سبب وأطلق الآخر؛ مثل أن يقول أحدهما: «ألفٌ من ثمن عبد»، ويقول الآخر: «ألفين»، ولا يقول: «من ثمن عبد»، ففي هذه المسائل الثلاث تتفق الشهادة علىٰ ألف، فيحكم له بألف

---

(١) في (ص): «اليقين» وهو تحريف.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

بشهادتهما، ويحصل له بالألف الأخرىٰ شاهدٌ واحدٌ[١].

وقال أبو حنيفة: لا يكونُ ذلك اتفاقَ شهادةٍ علىٰ شيء من الألوف، ولا يُحكم له بألف.

واحتج من نصره بأن الشهادة قد اختلفت لفظًا ومعنًىٰ، فأما اللفظُ، فإن لفظ الألف مخالفٌ للفظ الألفين فِي الصيغة، وكذلك فِي المعنىٰ لأن الألفين أكثر من الألف، وإذا اختلفت الشهادتان لفظًا ومعنىٰ لم يَجُزْ الحكم بهما كما لو شهد أحدهما أنه أقر بألف درهم وشهد الآخر أنه أقر بألف دينار.

ودليلنا أنهما مالان من نوع واحدٍ غير مضافين إلىٰ شيئين مختلفين، فوجب أن تكونَ الشهادةُ بالأقلِّ منهما داخلة فِي الشهادة بالأكثر.

الدليلُ علىٰ ذلك إذا شهد أحدُهما أنه أقر عليه بألف، وشهد الآخرُ أنه أقر عليه بألفٍ وخمسمائة، ولأنهما مالان يدخلُ أحدُهما فِي الآخر فِي الإقرار فِي مجلسٍ واحد، فإذا وقعت الشهادةُ بهما وَجَبَ أن يدخل أحدُهما فِي الآخر قياسًا علىٰ ما ذكرنا.

ولأن أحدهما لو شهد بالعجمية أنه أقر لفلانٍ بألف، وشهد الآخر بالعربية أنه أقر له بألف، كانت شهادتُهما متفقة علىٰ شيءٍ واحدٍ مع أن إحدىٰ اللغتين فِي مخالفتها للأخرىٰ أكثر وأشد من مخالفة لفظ الألف للألفين، فإذا كان كذلك كان فِي مسألتنا أولىٰ أن تتفق الشهادة علىٰ الألف.

ولأن الذي شهد بالألفين قد أتىٰ بصيغة الألف علىٰ جهتها، وإنما زاد عليه زيادة البينة، وإذا كان لفظ الألف فيها واحدًا وجب أن تتفق الشهادة عليه كما لو شهد الآخر بألف وخمسمائة، ولأن الألفين إنما هو تكرار

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧/ ٦٧) وبحر المذهب (٦/ ١٦٠).

الألف، وإنما ثقل عليهم أن يكرروا فيقولوا «ألف وألف»، كما ثقل عليهم أن يقولوا «رأيت زيدًا ورأيت عمرًا»، فقالوا «رأيت زيدًا وعمرًا»، وكذلك يقولون «رأيت رجلين»، ولا يقولون «رأيت رجلًا ورجلًا»، فأسقطوا التكرار، فكذلك ههنا أسقطوا التكرار فِي الألف والألف، فعبروا عنهما بألفين.

وإذا كان هذا قائمًا مقام ذلك، وقد أجمعنا علىٰ أنه إذا قال الآخر «أشهد أنه أقر له بألف وألف»، كانت الشهادة متفقة، فكذلك إذا قال «أشهد أنه أقر له بألفين».

فأما الجوابُ عما ذكروه، فهو أنَّا لا نسلِّمه، لأن اللفظَ فيهما واحدٌ، فلفظ الألف موجود فيهما كما لو قال أحدهما «ألف وخمسمائة»، وأما المعنىٰ فمتفق أيضًا، لأن الألفين تتضمن ألف، وقد بينا أن الألفين إنما هو تكرار الألف غير أنهم استثقلوا ذلك فاختصروا علىٰ هذا الوجه.

ويفارقُ هذا إذا شهد أحدُهما بدنانير والآخر بدراهم، لأن اللفظ هناك مختلف، لأن لفظ[1] الدنانير غيرُ لفظ الدراهم، والمعنىٰ مختلفٌ أيضًا، لأن الدنانير غير الدراهم، ألا ترىٰ أنه لو كان ذلك فِي الإقرار فِي مجلس واحد لم يدخل أحدهما فِي الآخر، ولم يرجع إليه، وفِي مسألتنا يرجع أحدُهما إلىٰ الآخر فِي الإقرار فِي مجلس واحد، فدل ذلك علىٰ بطلان ما قالوه.

إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يشهد أحدُهما بألف والآخرُ بألفين، وبين أن يشهد أحدُهما بمائة والآخر بمائتين أو بعشرة، والآخرُ بعشرين أو بخمسة، والآخرُ بعشرة أو بعشرة، والآخرُ بمائة؛ سواء اتفق اللفظ أو اختلف.

وكذلك إذا نقلا لفظ المقر بعينه، فقال أحدهما مثلًا «أشهد أنه قال له

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

عليَّ عشرة دراهم»، وقال الآخر «أشهد أنه قال له عليَّ مائة درهم»، فالشهادةُ متفقة علىٰ العشرة، لأن أحد المقدارين علىٰ العشرة يقتضي الآخر، واختلافُ اللفظ فِي الإقرار لا يؤثر، لأن الإقرار إخبار، والمخْبِرُ عنه يكون واحدًا، والأخبارُ عنه تختلف ألفاظها وإنما ترجع إلىٰ شيء واحد.

ويفارق إذا شهد أحدُهما بأنه قال له: «وكلتُك»، وشهد الآخر بأنه قال له: «أذنتُ لك فِي التصرف فِي مالي»، لأن ذلك ليس بإخبار عن العقد، وإنما هو نفس العقد، وقد اختلف اللفظُ فيه، فاختلفت الشهادةُ به، لأن العقد بلفظ التوكيل غير العقد بلفظ الإذن فِي التصرف، وليس كذلك الإقرار، فإنه إخبار، والخبر وإن اختلف فإنه يرجعُ إلىٰ مخبرٍ عنه واحد، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ تَكَفَّلَ[١] لَهُ بِمَالٍ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ، وَأَنْكَرَ الْمَكْفُولُ لَهُ الْخِيَارَ، فَمَنْ جَعَلَ الْإِقْرَارَ وَاحِدًا، أَحْلَفَهُ عَلَى الْخَيَارِ، وَأَبْرَأَهُ، لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَخْتَارَ، وَمَنْ زَعَمَ أَنَّهُ يُبَعِّضُ إِقْرَارَهُ أَلْزَمَهُ[٢] مَا يَضُرُّهُ وأَسقَطَ مَا ادَّعَى الْمَخْرَجَ مِنْهُ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا أقر بكفالة بشرط الخيار أو بضمان بشرط الخيار، فالحكمُ فيه مبنيٌّ علىٰ فصل تقدمه، وهو أن عقد الكفالة والضمان لا يصِحُّ فيه شرطُ الخيار، لأن الخيار إنما شُرِط لطلب الحظِّ فِي العقد الذي يشرط

---

(١) في (ص، ف) والمثبت من المختصر، وهو الموافق لما في الحاوي الكبير (٧/ ٧٨) وبحر المذهب (٦/ ١٦٢).

(٢) في (ص): «لزمه».

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

فيه، ولا حظَّ للكفيل والضامن فِي عقد الكفالة والضمان، لأنه بين أمرين إما أن (لا يغرم)[(١)] فلا يرجع، أو يغرم فيرجع بمثل ما غرم من غير زيادة، وكُلُّ عقدٍ لا حظَّ فيه لم يصح شرط الخيارُ فيه كما قلنا فِي عقد الهبة.

إذا ثبت أن شرط الخيار فيه لا يصح، فإن شَرَطَه كان الشرطُ فاسدًا، وكان العقدُ فاسدًا.

وقال أبو حنيفة: يفسدُ الشرطُ ويصحُّ العقد.

واحتج من نصره بأن عقد الضمان يدخلُه الغررُ ويتعلق بالخطر، لأن ضمان العهدة يصح فلم يبطله الشرطُ الفاسدُ؛ الدليل عليه: النكاح، لأنه يصح مع الغرر والجهالة، ولا يفسد بفساد الشرط.

ودليلنا: أنه عقد لا يجوزُ فيه شرطُ الخيار، فإذا شرط فيه وجب أن يبطل العقد؛ الدليل عليه إذا شرط الخيار فِي السَّلم والصرف، [ولأنه خيار لا يجوزُ شرطُه، فوجب أن يبطلَ العقدُ، الدليلُ عليه الخيارُ فِي السَّلم][(٢)] والصرف، وخيار أكثر من ثلاث فِي بيوع الأعيان.

فأما الجواب عن قياسِهِم، فهو أنَّا لا نسلِّم أن الضمان يتعلق بالخطر ويصح مع الغرر، لأن ضمانَ المجهول عندنا لا يصح، وضمان العهدة لا يصح[(٣)]، وأما النكاح فيفسد عندنا بفساد الشرط لأن نكاح الشغار عندنا

---

(١) في (ص)، (ف): «يقوم»، وهو غلط.

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) سيأتي بعد قليل قول المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ: (قد ذكرنا فِي «كتاب الضمان» أن ضمان العهدة علىٰ قولين؛ أحدهما: يصح - وهو المشهور - والثاني: لا يصح) فجزم المصنف ههنا بأنه لا يصح يعني علىٰ خلاف المشهور، وهذه طريقة متبعة للمصنف رَحِمَهُ اللَّهُ أنه يبطل قول المخالف بأحد القولين أو الوجهين في المذهب، وما ذكره ههنا من عدم صحة ضمان العهدة إنما يريد به الرد علىٰ المخالف في هذه المسألة التي نحن بصددها فقط، وأما أصل ضمان العهدة فله فيه كلام آخر في مواضع متفرقة، وينظر: (ص ٢١ - ٢٣) والله ولي التوفيق.

يبطل، فإذا شرط خيار الثلاث فِي النكاح بطل النكاح.

إذا ثبت أن شرط الخيار فِي الكفالة والضمان لا يصح، فإذا شرط بطل العقد، فإذا أقر بالكفالة بشرط[1] الخيار وبالضمان بشرط الخيار مثل أن يقول: «تكفلتُ لك ببدن فلان»، أو: «ضمنتُ لك ما لك علىٰ فلان علىٰ أني[2] بالخيار ثلاثة أيام»، فقد أقر بالكفالة، ووَصَلَ بإقرارِهِ بها ما يُسْقِطُها، فهل يُقْبَلُ إقرارُه علىٰ صفته فلا يلزمه شيء أو يُبَعَّض؟ فيه قولان:

أحدهما: يُقْبَلُ إقرارُه علىٰ صفتِه، فلا يلزمُه شيءٌ، وهو اختيارُ المُزنِي وأبي إسحاق[3].

والقول الثاني: يُبَعَّضُ إقرارُه، فيلزمه العقد، ويسقط الشرطُ الذي ادعاه.

وكذلك إذا قال «له عليَّ ألف درهم أقبضتُه[4] إياها»، أو «ألف درهم من ثمن خمر»، أو «من ثمن مبيع تلف قبل القبض»، فإذا قلنا يُبَعَّض إقرارُه، فوجهُهُ أنه أقر بحقٍّ ووصله بما يُسْقِطُه، فلم يُقْبَلْ منه ذلك، الدليل عليه إذا قال «له عليَّ ألفٌ إلا ألفًا»، وإذا قلنا لا يُبَعَّضُ إقرارُه، فوجهُهُ أنه أقر بالحقِّ وعزاه إلىٰ سبب ثبوتِه، فوجب أن لا يُبَعَّضَ إقرارُه، الدليلُ عليه إذا قال «له عليَّ ألفُ درهم من ثمن مبيع لم أقبضه».

فأما الجوابُ عما ذكروه للوجه الأول من القياس على استثناء الجميع، فهو أنه يبطل به إذا قال «له عليَّ ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبضه» ثم المعنىٰ فِي الأصل أنه أسقط ما أقر به من حيث أثبته، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنه أقر بالحق وعزاه إلىٰ سببِ ثبوتِهِ، فلذلك قبلنا إقرارَه، ولم

---

(١) في (ص)، (ف): «بطل»، وهو تحريف.

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) علله بحر المذهب (٦/ ١٦٢) فقال: لأنه أقر بحق وعزاه إلىٰ سبب ثبوته منه.

(٤) في (ص، ف): «قبضته» بدون همز.

نبعضه، ولأن قوله «لفلانٍ عليَّ ألفٌ إلا ألفًا»، كلامٌ لغوٌ، وليس كذلك إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألفٌ[١] من ثمن خمر أو خنزير»، أو «ضمنتُ ما له بشرط الخيار»، لأنه كلامٌ صحيحٌ عزاه إلىٰ جهة ثبوته، فلهذا قبِلْنا إقرارَه به.

إذا تقرر القولان، فإذا قلنا لا يُبَعَّض إقرارُه، فادَّعىٰ المقر له أنه ضمن من غير خيار، وطلب يمينه علىٰ أنه ضمن بالخيار[٢]، فإنه يحلف علىٰ ذلك، فإذا حلف سقطت دعوىٰ المقر له، وإن قلنا يُبَعَّضُ إقرارُه، فادَّعىٰ أن المقر له يعلم أنه ضمن بشرط الخيار، وطلب يمينه علىٰ أنه يكفل أو ضمن من غير خيار، كان له ذلك، ويحلف المقر له عليه، وكذلك فِي سائر المسائل التي ذكرناها.

قال المزني[٣]: «وقولُه الذي لا يختلِفُ عندي أن الإقرارَ واحدٌ، وكذا قال فِي المتبايعين إذا اختلفا فِي الخيار أن القولَ قولُ البائع مع يمِينِه».

والجواب عن هذا أنه أراد مسألة المتبايعين إذا اختلفا فِي الخيار الصحيح فادعاه أحدهما، وأنكره الآخر، فإنهما يتحالفان وإن أراد بذلك إذا قال البائع «بعتُك بشرط خيار أربعة أيام»، وأنكر المشتري ذلك الشرط، فلا فرق بين المسألتين، فيكون الحكمُ فيه كالحكم فِي مسألتنا.

ويجوزُ أن يفرق فيما بينهما من حيث إن البيع يَقْبَلُ الخيارَ فِي الجملة، فإذا شرط فيه خيار أكثر من ثلاثة أيام لم يدَّع ما يزيل موضوعَه، وليس كذلك الكفالة والضمان لأنَّهما لا[٤] يقبلان الخيار، فشرطُ الخيار فيهما يزيل موضوعَهما فِي الأصل، فإذا ادَّعاه لم يُقْبَلْ منه، والله أعلم.

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) يعني بشرط الخيار.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

(٤) ليس في (ص)، (ف).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المُزنِي رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَقَدْ قَالَ: إِذَا أَقَرَّ بِشَيْءٍ فِي صِفَةٍ وَوَصَلَهُ قُبِلَ قَوْلُهُ، وَلَمْ أَجْعَلْ قَوْلًا وَاحِدًا إِلَّا حُكْمًا واحِدًا وَمَنْ قَالَ: أَجْعَلُهُ فِي الدَّراهِمِ مُقِرًّا، وَفِي الْأَجَلِ مُدَّعِيًا، لَزِمَهُ أَنْ إِذَا أَقَرَّ بِدِرْهَمٍ نَقْدِ الْبَلَدِ، لَزِمهُ، فإِنْ وَصَلَ إِقْرَارَهُ بِأَنْ يَقُولَ: طَبَرِيٌّ، جعَلَهُ مُدَّعِيًا، لِأَنَّه ادَّعَى نَقْصًا مِنْ وَزْنِ الدِّرْهَمِ، فَلَزِمَهُ لَوْ قَالَ «لَهُ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ إِلَّا عَشَرَة» أَنْ يُلْزِمَهُ أَلْفًا)[١].

وهذا كما قال.. إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف درهم مؤجلًا إلىٰ وقت كذا»، لزمه الألف، وهل يثبت التأجيل، أم لا؟ اختلف أصْحابُنا فيه علىٰ طريقين؛ فمنهم من قال المسألة علىٰ قولين؛ **أحدهما**: لا يثبت التأجيل، ويكون مدعيًا له، ويلزمه الألف حالًّا، **والثاني**: يثبت التأجيل، فيلزمه الألف مؤجلًا، ومنهم من قال المسألة علىٰ قول واحد فِي ثبوت التأجيل.

وقال أبو حنيفة: يلزمه الألف معجلة، ولا يثبت التأجيل.

واحتج من نصره بأنه أقر لغيره بحق، وادَّعىٰ[٢] فيه لنفسه حقًّا، فلم يُقْبَلْ منه، كما لو قال «هذه الدار لفلانٍ وسكناها لي سنة بإجارة»، فإن ذلك لا يُقْبلُ منه، ويكون مدعيًا للإجارة فكذلك ههنا.

ودليلنا: أنه أحد نوعي الدين، فجاز أن يثبت بإقرارِهِ، الدليل عليه الحال، ولأن التأجيلَ صفةٌ من صفات الدين قد يثبت حالًّا ويثبت مؤجلًا، كما يثبت بأوزان مختلفة وسكك مختلفة، وجودة ورداءة، فإذا وصفه بشيء من ذلك قُبل، فكذلك ههنا.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

(٢) في (ص)، (ف): «وادىٰ»، وهو تصحيف.

فأما الجوابُ عن قياسِهم، فهو أنه يبطل به إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألفُ درهم من نقد رديء»، أو «سكة رديئة»، أو قال «ألف درهم إلا مائة»، أو ما أشبه ذلك، ثم المعنىٰ فِي الأصل: أنه أقر بالملك، ثم ادَّعىٰ عليه عقدًا مستأنفًا، ولهما وصفُ الحقِّ بوصفِ أوصافِهِ، فهو كما لو وصفه بالجودة والرداءة.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ضَمِنَ لَهُ عُهْدَةَ دَارٍ اشْتَرَاهَا وَخَلَاصَهَا، فَاسْتُحِقَّتْ، رَجَعَ بِالثَّمَنِ عَلَى الضَّامِنِ إِنْ شَاءَ)[١].

وهذا كما قال.. قد ذكرنا فِي «كتاب الضمان» أن ضمان العُهْدة علىٰ قولين؛ **أحدهما**: يصح - وهو المشهور - **والثاني**: لا يصح[٢]، فأما ضمانُ الخلاصِ فلا يصحُّ، ومعنىٰ ذلك أن يضمن تخليصَ الدار المبيعة من مستحِقِّها للمشتري، وذلك لا يصح، لأنه لا يمكنه تخليصَها من يد مستحقها إلا بالشراء، وهو لا يملكُ إجبار المستحِقِّ لها علىٰ البيع، فقد ضمن خلاصَ ما لا يمكنه تخليصَه، فلم يصح، ولأن ذلك ضمانُ بيع، وضمانُ البيع لا يصح.

إذا ثبت هذا، فما وجه عطفِ الشافعيِّ الخلاصَ علىٰ ضمان العهدة؟ مِن أصْحابِنا مَن قال أراد بذلك خلاصَ العُهدة، والعهدةُ الثمن، فكأنه قال «ضمنت لك خلاص العهدة».

ومنهم من قال أراد خلاصَ الدار، فضمِنَ العهدةَ وخلاصَ الدارِ، فبطل ضمانُ الخلاص، وصح ضمانُ العهدة[٣]، والذي يدل علىٰ صحة هذا من

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

(٢) ينظر (ص ٢٠ - ٢٣).

(٣) واعلم أن ضمان العهدة وضمان الخلاص واحدٌ في المعنىٰ بخلاف ما حكي عن بعض =

كلامه أنه قال «فاستُحِقَّت رَجَع بالثمن علىٰ الضامن»، فجعل له الرجوع بالثمن دون غيره، ولم يقل: كان عليه خلاص الدار، فبان بهذا أنه إذا جمع بين الأمرين - ضمان العهدة وضمان الخلاص - لم يقدح ذلك فِي ضمان العهدة[١].

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ أَعْجَمِيٌّ بِأَعْجَمِيَّةٍ، كَانَ كَالْإِقْرَارِ بِالْعَرَبِيَّةِ)[٢].

وهذا كما قال.. الإقرار بالعجمية يصح كما يصح بالعربية، لأنها لغة كالعربية، ولأن هذه الألفاظ إنما هي عبارة ما فِي الضمير، فلا فرق بين أن يكون بالعربية أو بالعجمية، لأن ذلك كله علامات تدل من طريق المواضعة علىٰ إرادته[٣].. فإن أقر أعجميٌّ بالعربية أو عربيٌّ بالعجمية، نُظِر فإن كان عالمًا معترفًا بقولِهِ لزمه إقرارُه، وإن قال «قلت ذلك ولا أعرف معناه»، فإن صدَّقه المقر له لم يلزمه شيء، وإن كذَّبه فالقولُ قولُ المقر مع يمِينِهِ أنه لم يدر معنىٰ ما قال، لأن الظاهر من حال العربي أنه لا يعرف العجمية، ومن حال العجمي أنه لا يعرف العربية، فقُدِّم قولُه لأجل هذا الظاهر[٤].

= السلف أن ضمان العهدة ضمان الثمن وضمان الخلاص ضمان تخليص الدار للمشتري بأن يشتريها الضامن من المستحق ويسلمها إلىٰ المشتري وهذا عندنا فاسد.. بحر المذهب (٦/ ١٦٤).

(١) واعلم أن هذه المسألة ليست من مسائل الإقرار فكان الأولىٰ بالمزني أن يذكرها في «كتاب الضمان» فكأنه أغفلها في ذلك الكتاب، ثم استدركها ههنا عقيب مسألة ما لو أقر أنه تكفل بشرط الخيار، فألحق مسألة الكفالة بمسألة الكفالة.. بحر المذهب (٦/ ١٦٤).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

(٣) ولأنه لما كان إيمان الأعجمي بلسانه كالعربي اقتضىٰ أن يكون إقراره بلسانه كالعربي.

(٤) الحاوي الكبير (٧/ ٨٤)، وبحر المذهب (٦/ ١٦٥).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ شَهِدُوا عَلَى إِقْرَارِهِ، وَلَمْ يَقُولُوا: «وَهُوَ صَحِيحٌ»، فَهُوَ عَلَى الصِّحَّةِ حَتَّى يُعْلَمَ غَيْرُهَا)[١].

وهذا كما قال.. إذا شهد عليه الشُّهود بإقرارِهِ، ولم يقولوا «وهو صحيح القول»؛ صحت الشهادة بذلك الإقرار، لأن الظاهر من حال الشُّهود أنهم لا يتحملون الشهادة علىٰ إقرار من ليس بعاقل، فإن ذكروا ذلك وقالوا «وهو صحيح القول»، كان تأكيدًا.

وهذا كما لو شهدوا علىٰ رجل بأنه باع الدار من فلان، وقبض ثمنها، حكم الحاكم بتسليمها إليه، وإن لم يبين الشُّهود الثمن، لأن الظاهر من حالهم أنهم لا يتحملون الشهادة ولا يؤدونها إذا كان الثمن محرمًا لا يصِحُّ البيع به.

فإن ادَّعىٰ المشهودُ[٢] عليه بالإقرارِ أنه أقر وهو مجنون، وأنكر المقر له ذلك كان القولُ قولَه مع يمِينِهِ، لأن الأصلَ عدمُ الجنون فيحلف لأن البينة تشهد علىٰ ظاهر الحال، فيجوز أن يخفِي جنونَه عليهم، ويكون المقر له عالمًا به.

فأما إذا شهد عليه الشُّهود بالإقرارِ فادَّعىٰ أنه كان مكرهًا علىٰ ذلك، لم يُقْبَلْ منه، لأن الأصلَ عدمُ الإكراه، وإن أقام البينةَ علىٰ أنه كان محبوسًا أو مقيدًا أو ادَّعىٰ الإكراه، قُبِلَ منه ذلك، وكان القولُ قولَه مع يمِينِهِ فِي ذلك، لأن الظاهر من حال المحبوس والمقيد أنه مكره علىٰ تصرفِهِ وإقرارِهِ.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

(٢) في (ص، ف): «الشهود».

فرع

إذا قال «له عليَّ درهمٌ فِي عشرة»، فإن أراد بذلك ضرب الحساب؛ لزمه عشرة دراهم، لأن الواحدَ عند من يعرف الحسابَ فِي العشرةِ عشرةٌ، وإن لم يرد الحساب لم يلزمه إلا درهم ويكون معناه: درهم له فِي عشرة لي، كما لو قال «له عليَّ ثوب فِي منديل».

فرع

إذا قال «تملكتُ هذه الدار من فلان»، فقد أقر له بالدار، وادَّعىٰ أن ملكه زال عنها وملكها هو، فالقولُ قولُ المقر له فيما يدعيه المقر من ذلك، وكذلك إن قال «هذه الدار قبضتُها من يد فلان»، فإنه أقر له باليد فيجب عليه تسليمها إليه، وهو مدع لسقوط حقِّ اليد وانتقاله إليه فعليه البينة، والقولُ قولُ المقر مع يمِينِه، فأما إذا قال «هذه الدار ملكتها علىٰ يد فلان» أو «قبضتها علىٰ يد فلان»، فليس ذلك بإقرار له بالملك، ولا باليد، لأن ظاهر اللفظ أنه قبضها أو ملكها بمعونته ووساطته، فلم يكن ذلك إقرارًا له بملكٍ ولا يدٍ.

فرع

إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف درهم» ففيه وجهان؛ **أحدهما**: أن يكون ذلك إقرارًا بالألف، وهو يدعي براءة ذِمَّته، فعليه إقامة البينة علىٰ ذلك، والقولُ قولُ المقر له أنه ما برئ إليه منها، **والوجه الثاني**: أن ذلك لا يكونُ إقرارًا بالألف، ولا يلزمه شيءٌ؛ لأنه لو[1] ادَّعىٰ فقال «كان له عليَّ ألف درهم»، لم يسمع الحاكمُ منه هذه الدعوىٰ، لأنها دعوىٰ لا تقتضي ملكًا، فكذلك هذا

(١) ليس في (ص، ف) وإثباتها ضروري، وقد جاء هذا الفرع في بحر المذهب (٦/ ١٥٦).

اللفظُ منه لا يقتضي الملكَ الذي سماه، فلم يلزمه شيءٌ به، ويكون كلامًا لغوًا.

فرع

إذا ادَّعىٰ علىٰ صبيٍّ البلوغ، وأنكر الصبيُّ ذلك، فعلىٰ المدعي البينةُ علىٰ بلوغه، وقد تقوم البينةُ عليه بذلك بإقرارِهِ علىٰ نفسه بالبلوغ أو باستيفاء عدد سني البلوغ، وهو أن يشهد أنه ولد فِي سنة كذا، فيكون له إلىٰ هذه الغاية خمسَ عَشرة سنة، أو يشاهده[1] قد أنزل، فإن لم يكن للمدعي بينةٌ بذلك لم يحلف الصبي، وكان القولُ قولَه بغير يمين، لأن إثبات اليمين عليه يؤدي إلىٰ نفيها، لأنه إذا حلف أنه صبيٌّ وحكمنا بصباه أبطلنا يمينه، لأن يمينَ الصبيِّ لا تصح، وكُلُّ ما أدىٰ إثباتُه إلىٰ نفيه لم يكن لإثباته معنىٰ.

فرع

إذا أقر الصبيُّ علىٰ نفسه بالبلوغ نُظِر، فإن كان لم يبلغْ بعدُ القدرَ الذي يجوز أن يبلغ فيه لم يُقْبَلْ إقرارُه، وإن كان بلغ القدر الذي يبلغ فيه صح إقرارُه وحُكِم ببلوغه[2]، لأنه أقر بما يمكن صدقُه فيه، وكذلك الصبيةُ إذا أقرت أنها حاضت، فإن كان فِي وقت الإمكان [قُبِلَ منها ذلك][3]، [وإن كان في غير وقت الإمكان][4] (لم يُقْبَلْ منها ذلك)[5]، وإذا قبلنا قوله لا يحلف، لأنه لا يتعلق به حقٌّ لغيره، وإنما يتعلق به حقٌّ نفسه.

---

(١) في (ص، ف): «يشاهداه».

(٢) من غير يمين.

(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف)، وتعليل ذلك أن الحيض في وقت الإمكان بلوغ.

(٤) ليس في (ص)، (ف) .

(٥) ليس في (ف)، والمثبت من (ص).

فرع

إذا أقر لعبد بمالٍ صحَّ الإقرار، وكان ذلك إقرارًا لسيده، لأن العبد يجوز أن يثبت له مال، وإذا ثبت له مال باكتساب أو غيره ثبت لسيده، وإن أقر بمال لبهيمة رجل لم يصح ذلك الإقرار، لأن البهيمة لا يثبت لها مال، وبهذا يفارق العبد، لأن العبد يثبت له المال بالاكتساب وغيره، وإن قال «عليَّ بسبب هذه البهيمة ألف درهم»، كان ذلك إقرارًا بألف، ومعنىٰ السببِ أن تكون الألفُ تثبت عليه أرش جناية عليها أو أجرة منافعها، ونحو ذلك، والله أعلم بالصواب.



باب إقرار الوارث بوارث

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (الَّذِي أَحْفَظُ مِنْ قَوْلِ الْمَدَنِيِّينَ فِيمَنْ تَرَكَ ابْنَيْنِ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِأَخٍ أَنَّ نَسَبَهُ لا يَلْحَقُ وَلَا يَأْخُذُ شَيْئًا لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَعْنًى إِذَا ثَبَتَ وَرِثَ، فَلَمَّا لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ بِذَلِكَ حَقٌّ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ، وَهَذَا أَصَحُّ مَا قِيلَ عِنْدَنَا، وَاللهُ أَعْلَمُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا مات رجلٌ وخلَّف ابنين، فأقر أحدُهما بأخ وجَحَدَ الآخر، فلا خلاف أن النسب لا يثبت بإقرارِهِ.

فأما الذي حصل فِي يد المقِرِّ ميراثًا، فهل تثبت فيه المشاركة للمقَرِّ له أم لا؟ اختلف الناس فِي ذلك؛ فمذهب الشافعي أنه لا يشارك المقر فِي شيء مما فِي يده، وبه قال محمد بن الحسن.

وقال أبو حنيفة، ومالك، وابن أبي ليلىٰ: يشاركه فيما فِي يد المقر، واختلفوا فِي كيفيتها.

فقال مالك وابن أبي ليلىٰ: يكونُ له الثلث مما أخذه ميراثًا، لأن البينة لو قامت بذلك كان له الثلث منه، والثلثُ مما فِي يد الأخ الآخر، فيحصل المال بينهم أثلاثًا، لأن إقرارَهُ يقتضي أن يشاركه فيما فِي يده ويشارك أخاه فيما فِي يده، وإنما يشاركهما بالثلثين علىٰ كلِّ واحِدٍ منهما بالثلث.

وقال أبو حنيفة: يشاركه بالنصف مما فِي يده، فيقتسمان ما حصل له من الميراث نصفين، لأنه أقر أنه مثلُه فِي الميراث، وأنه لا يحصلُ له شيءٌ إلا ويحصلُ لهذا الأخ الذي أقر به مثله. قال: وإذا كان هذا مقتضىٰ إقرارِه، كان

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

حقه بينهما نصفين.

وهذا اختلافٌ بين أبي حنيفة ومالك؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما أثبت المشاركة، والشافعيُّ نفاها جملة.

والكلامُ ههنا معهم فِي أصل ثبوت المشاركة، فمن نصرهم احتج بأشياء:

منها؛ أنه أقر بمالٍ متعلقٍ بسببٍ لم يحكم ببطلانه، فوجب أن يلزمه المال، الدليل عليه إذا قال «بعتُ هذا الشِّقص من فلان»، وأنكر المشتري ذلك وحلف؛ برئ من الدعوىٰ وثبتت الشفعة فِي الشِّقص للشفيع، وكذلك إذا أقر بأنه باع منه هذا العبد وأعتقه، أو باع منه ابنه أو أباه، أو طلق امرأته علىٰ ألف، أو باعه نفسه، فأنكروا ذلك وحلفوا، سقطت الدعوىٰ، ولزمه العتق والطلاق، وكذلك إذا قال لزوجته «هي أختي من النسب»، فإنها تحرم عليه وينفسخ النكاح، وإن كان النسب لم يثبت، فكذلك ههنا.

وأيضًا، فإن أحدهما لو أقر بدين علىٰ أبيه لرجل، أو بوصية له وجحد الآخر؛ ذلك لزم المقر قدره فِي نصيبه، فكذلك ههنا، لأن كلَّ واحِدٍ منهما له إثبات مال بسبب، وذلك السبب لم يثبت؛ ولأن الدين والوصية يتعلقان بالتركة كالميراث.

وأيضًا، فإن أحدهما لو أقر لامرأة بأنها زوجةُ أبيه وجَحَدَ الآخر ثبتت المشاركة لها فِي نصيب المقر، فكذلك هذا.

ودليلنا قوله تعالىٰ: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ﴾، وهذا ليس بولد، فوجب أن لا يستحق شيئًا من الميراث لظاهر القرآن.

ومن القياس أنه أقر بنسب لم يثبت فوجب أن لا يثبت به ميراث، أصله:

إذا أقر بنسب معروف النسب.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أنه محكومٌ ببطلان إقرارِه، فلم يثبت به الميراث، وليس كذلك ههنا، فإنه غير محكوم ببطلانه، لأن المقر به مجهول النسب، فيجوز أن يكون هذا المقر صادقًا فِي إقرارِه فكذلك لزمه المال.

فالجوابُ: أنا لا نسلِّم أنه محكومٌ ببطلان إقرارِه فِي الأصل، لأنه ربما كان من أبيه، ويكون صادقًا فيه وإن كان معروف النسب، يدل عليه أنه لو أقام بينة علىٰ أنه وُلِد علىٰ فراش أبيه ثبت النسب بالبينة.

وجواب آخر؛ وهو أنه فِي الفرع وإن لم يكن محكومًا ببطلانه فإنه غير محكوم بصحته، ولا فرق بين ما لم يحكم بصحته وثبوته وبين ما حكم ببطلانه، ألا ترىٰ أن الشهادة التي لم يحكم بصحتها والتي حكم ببطلانها سواء فِي المنع من الحكم بصحتها، ولا يجوزُ أن يحكم بالخبر المروي عن النبي ﷺ إذا لم يثبتْ كما لا يجوزُ إذا ثبت بطلانه ولا فرق بينهما.

وأيضًا، فإنه أقر بحقٍّ عليه فِي مقابلة حقٍّ له، لا ينفك أحدهما عن الآخر مع سلامة الحال، فإذا لم يثبت ما له لم يلزمه ما عليه، الدليلُ عليه إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبضه».

وأيضًا، فإنه لا يخلو إما أن يكون الاعتبار فِي ثبوت المال بثبوت النسب الذي هو أصله أو بأن إقرارَهُ بالنسب تضمن الإقرار بالمال، فإن كان الاعتبار بالنسب فإنه لم يثبت، وإن كان الاعتبار بأن إقرارَهُ تضمن إقرارًا بالمال فينبغي إذا كان المقر به معلوم النسب أن يثبت المال، لأن إقرارَهُ بنسبه يتضمنُ الإقرار بالمال، وقد أجمعنا علىٰ بطلان ذلك.

وكذلك يجب أن يكون ذلك باطلًا فِي مسألتنا، فلا تثبت له المشاركة فِي ذلك.

فأما الجوابُ عما احتجوا به من قياسهم على الأصول التي ذكروها، فهو أنه ينتقض بمعروفِ النسبِ؛ لأنه غير محكوم ببطلان إقرارِه علىٰ ما تقدم بيانه، ومع ذلك فلا يلزمه المال.

وأما مسألة الشفعة، فقد اختلف أصْحابُنا فيها، فقال المزني: تثبت الشفعة للشفيع، وقال أبو العباس بن سُريج: لا تثبت الشفعة كما لا يثبت الميراث فِي الميراثُ فِي مسألتنا سواء، فعلىٰ هذا لا فرق بين المسألتين.

وإن قلنا بما قاله المُزنِي - وهو الصحيح - فالجوابُ على هذا: أن فِي تلك المسألة قد سلم له ماله - وهو الثمن - لأنه يلزم الشفيع للبائع ثمن الشقص، فلذلك لزمه ما عليه، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنه لم يثبت له ما له وهو ميراثه من أخيه المقر له لو مات فلم يثبت له ما عليه.

ولأن استحقاقَ الشِّقص لا يقف علىٰ الشفعة، ألا ترىٰ أنه لو كذبه فِي حق الشفعة، وادَّعىٰ أنه اشتراه منه بالثمن الذي ذكره قضي له بالشِّقص، وليس كذلك الميراث، فإن المقر له بالنسب لو كان كثيرًا فكذَّبه وادَّعىٰ استحقاقَ نصف ما فِي يده، لأنه غصبه أو وهبه له أو باعه منه، لم يقض له به فدل علىٰ الفرقِ بينهما.

وأما الطلاق والعتاق، فإنما لزماه لأنه لم يدع حقًّا له فِي مقابلتهما[١]، لأنه أقر بالبيع ثم ركب عليه العتق، والعتق ليس فِي مقابلة الثمن، لأنه يحصل بعد لزوم البيع وثبوت المال وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنه أقر[٢] بحق ادَّعىٰ فِي مقابلته حقًّا، فإذا لم نسلم له ما له لم نسلم له ما عليه.

وجواب آخر، وهو أن الطلاق والعتاق جُعِل لهما فِي الشريعة تغليبٌ

---

(١) في (ص): «مقالهما» وهو تصحيف.

(٢) في (ف): إقرار.

وسِرايةٌ، ألا ترىٰ أنه لو طلق بعضَ امرأته سرىٰ إلىٰ جميعها، ولو أعتق بعضَ عبده سرىٰ إلىٰ جميعه؛ علىٰ أنه منتقض بما ذكرنا.

وأما إذا قال «امرأتي أختي من النسب»، فهو أنها تحرم عليه، وإن كانت معروفة النسب، ولو كذَّبته حرمتْ عليه أيضًا، وليس كذلك فِي مسألتنا.

وأما الدينُ والوصيةُ فالمعنىٰ فيهما أن الإقرار بهما إقرار بنفس المال من غير أن يسنده إلىٰ سبب هو أصله، فلذلك لزمه فِي حقه كما إذا أقر بدين علىٰ أبيه وأنكره الأخ ثبت فِي حقه وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن الميراث لا يثبت إلا بالنسب، فإذا لم يثبت النسب لم يثبت المال.

وأما إذا أقر بزوجة لأبيه، فهو أن أصحابنا اختلفوا فيه، فمنهم من قال لا تستحق من الميراث شيئًا حتىٰ تثبت الزوجية، ومنهم من قال: ترثه مما فِي يده، فعلىٰ هذا نقول: إقرارُه تضمن حقًّا عليه، ولم يتضمن حقًّا له، لأنه لا يرث امرأة أبيه، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإن إقرارَهُ تضمن حقًّا عليه فِي مقابلته حق له، فإذا لم يثبتْ ما له لم يثبتْ ما عليه.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا أن أحد الابنين إذا أقر بأخ، وجحده الآخر أن النسب لا يثبت، والمشتركة فيما فِي يد المقر لا تثبت للمقر له، هذا الحكم فِي الظاهر، فأما فيما بينه وبين الله تعالىٰ، فإنا نقول له إن كنتَ سمعتَ الإقرار من أبيك بذلك أو علمتَ أنه مولود علىٰ فراشه، لزمك تسليمُ حقِّه إليه، وهو قولُ بعضِ أصحابنا ويثبتُ له ثلثُ ما فِي يده كما قال مالك دون ما قال أبو حنيفة.

والدليلُ علىٰ ذلك أن إقرارَهُ تضمن أنه أخوه وأن المالَ بينهم أثلاثًا، وقد أخذ أخوه نصفَ المال، وأخذ هو نصفَه، فله فيما فِي يد كلِّ واحِدٍ منهما قدر الثلث، الذي يدلُّ علىٰ صحة هذا التقدير أن البينةَ لو قامت بذلك كانت

المشاركة هكذا.

والذي قاله أبو حنيفة من أن المقر أقر بأن المقر له مثله، وأنه لا يستحق من الميراث إلا ما يستحقه أخوه منه، فالجوابُ عنه: أن الأمر هكذا غير أن المقر يدعي أنه أخذ نصف المال وأخذ أخوه نصفه، فحصلُ مع كلِّ واحِدٍ منهما بعضُ حقِّ المقر به، الذي يدلُّ عليه قيامُ البينة عليهما بذلك، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (فَإِنْ أَقَرَّ جَمِيعُ الوَرَثَةِ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَوَرِثَ)[١].

وهذا كما قال.. إذا أقر جميعُ الورثة بنسبٍ، مثل أن يكونوا بنين، فيقروا بنسب أخ فإنه يثبت نسبُه ويثبتُ له المال، ولا فرق بين أن يكون من يرث المالَ جماعةً أو واحدًا ذكرًا أو أنثىٰ، هذا مذهبنا.

ومن الناس من قال لا يثبتُ النسبُ بإقرار الورثة.

وقال أبو حنيفة: يُعتبر فِي ثبوته عدد الشُّهود، فإن كان الوارث ابنين أو رجلًا وامرأتين لا رجل معهما، أو ثلاثًا أو أربعًا، فإنه يثبتُ[٢] النسبُ بذلك، وسلم لنا أن العدالة ليست من شرط الورثة المقرين.

فأما من قال لا يثبت النسب بإقرار الورثة، فإنه احتج بشيئين:

أحدهما: أن الورثة لما لم يصح منهم نفي النسب بلعان ولا غيره، فكذلك لا يصِحُّ منهم إثباتُه وإلحاقُه، ألا ترىٰ أن الموروث لما صح منه

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

(٢) في (ص)، (ف): «لا يثبت»، وهو خطأ.

الإلحاق[١] صح منه النفي.

والثاني: أن الولاءَ لُحْمة كلحمة النسب، ثم ثبت أنهم لا يملكون إلحاق الولاء.

وأما أبو حنيفة، فاحتج بشيئين أيضًا:

أحدهما: أنه إقرارٌ من وارثٍ واحدٍ بالنسب، فوجب أن لا يثبت به النسب، الدليل عليه: إذا أقر أحد الورثة.

والثاني: أن الإقرار بالنسب يشبهُ الشهادة من وجه، وهو أنه إلحاقُ نسب بالغير، فاعتبر فيه عدد الشهادة، ويشبه الإقرار من وجه، وهو أنه يلزم نفسه فِي ماله الذي فِي يده حقًّا لغيره، فلم يعتبر فيه العدالة، فجعلنا لهذا الإقرار حكمًا بانفراده، لتردده بين هذين الأصلين، وهذا أولىٰ من إلحاقه بأحدهما دون الآخر مع شبهه به.

ودليلنا: ما رُوِي عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: اختصم عبدُ بنُ زمعة وسعدُ بنُ أبي وقاص إلىٰ رسول الله ﷺ فِي ابنِ وليدةِ زمعة، فقال عبدٌ: هو أخي؛ وُلِد علىٰ فراش أبي، وقال سعدٌ: هو ابن أخي عتبة؛ عهد إليَّ أنه ألمَّ بها فِي الجاهلية، فقال النبي ﷺ: «**هو لك يا عبدُ؛ الولدُ للفِراشِ وللعاهِرِ الحجَرُ**»[٢]، فحَكَمَ النبيُّ ﷺ بإقرار عبد بن زمعة بالنسب وحده.

فإن قيل: سودة زوجةُ النبي ﷺ أختُه، ولم ينقل أنها اعترفت به.

فالجوابُ: أن زمعة كان كافرًا، وكان عبدٌ ابنه كافرًا، وسودةُ أسلمت فِي حياته، ورُوِي عن عبدٍ أنه قال: كنتُ أجهد أختي حين أسلمت، وليتني كنتُ

---

(١) في (ص): «إلحاق».

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٥٣) ومسلم (١٤٥٧) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

أسلمتُ معها، فكان عبدٌ قد حاز الميراثَ كلَّه من أبيه[١]، فكان الاعتبار بإقرارِهِ وحدَه دون سودة، لأنه لا حقَّ لها فِي الميراث، وعلىٰ أنه يجوز أن يكون النبي ﷺ سمع إقرارَها بذلك فِي البيت، لأنها زوجته ولا حاجة إلىٰ إحضارها مجلس حكمه، لأن سماع ذلك منها فِي البيت يكفي .

فإن قيل: فما أقر عبدُ بنُ زمعة بالنسب، وإنما ادَّعىٰ الفراش لأبيه.

فالجوابُ: أن الإقرار بالفراش إقرارٌ بالنسب؛ لا فرق بينهما، ومن أقر بأحدهما فقد أقر بالآخر، ألا ترىٰ أنه لا فرق بين أن يقول الرجل: «هذا ابني»، وبين أن يقول: «هذا ولد علىٰ فراشي».

فإن قيل: فقد حكم النبيُّ ﷺ أنه مملوكٌ بدليل ما روي أنه قال ﷺ: «**هو لك عبد**»[٢].

فالجوابُ: أن هذا لا يصح، لأن عبد بن زمعة ما ادَّعىٰ رقه وإنما ادَّعىٰ أُخوَّته، فكيف يُحكم له بما يدعي خلافه، ويدل علىٰ بطلان ما قالوه أنه ﷺ علل، فقال: «**الولدُ للفراش، وللعاهِرِ الحَجَرُ**» وهذا تعليلُ إلحاقِ النسب دون إثبات الرق.

وأما قوله ﷺ : «**هو لك**» فإنه أراد هو أخٌ لك، فقال: هو أخ لي، وأخ لك، وليس بأخ لي ولا بأخ لك، ومعنىٰ قوله ﷺ: «**هو لك عبدُ**» غيرُ منونٍ علىٰ النداء، كما قال تعالىٰ: ﴿يُوسُفُ أَعْرِضْ عَنْ هَٰذَا﴾ أي: يا يوسف، فكذا هذا.

فإن قيل: فقد أمر النبيُّ ﷺ سودة أن تحتجب عنه.

فالجوابُ: أنه فعل ذلك احتياطًا، يدل عليه أنه قال ﷺ: «**إنِّي أرى شبهًا**

---

(١) ذكره الحاوي الكبير (٧/ ٩٣)، بحر المذهب (٦/ ١٧٠)، وكفاية النبيه (١٩/ ٤٥٢).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٥٣) ومسلم (١٤٥٧) من حديث عائشة رضي الله عنها.

بيِّنًا بعُتبة»[١].

ومن جهة القياس: أن كل ما ثبت بالإقرارِ لم يراع فيه العدد؛ الدليل عليه سائرُ الحقوق، ولأن ما ثبت إذا كان الوارث اثنين ثبت إذا كان الوارث واحدًا، الدليلُ عليه الإقرارُ بالدين والوصية، ولأنه إقرار لا يعتبر فيه العدالة، فلم يعتبر فيه العدد كسائر أنواع الإقرار.

فأما الجوابُ عن قول الطائفة الأولى: أن النسب لا يصِحُّ نفيه من الورثة، فلم يصح إثباته منهم، فمن وجهين:

أحدهما: أن النفي لا يصِحُّ من جميع الورثة، لأن المنفِي منهم، وهو لا يوافقهم علىٰ النفي، وليس كذلك الإثبات، لأنه يتصور من جميعهم إذ المقر به يدعي ثبوت نسبه ولو أنكر وهو ممن يصح إنكاره لم يثبت.

والثاني: أن إثبات النسب مخالف لنفيه، ألا ترىٰ أنه إذا نفىٰ النسب لمن أقر به ثبت، ولو أقر به ثم نفاه لم يصح نفيه، ولأن المرأة إذا ولدت ولدين توأمين فأقر بأحدهما كان إقرارًا بالآخر، ولو نفىٰ أحدهما لم يكن نفيًا للآخر.

فأما الجواب عن قولِهِم أن إلحاق الولد لا يصِحُّ كما لا يصِحُّ إلحاق الولاء، فهو أنه ليس كذلك لأنهم لو أقروا بأن هذا المعتق كان أعتقه أبوهم لحق الولاء بإقرارِهِم وكذلك إذا مات وعليه كفارة، فأعتقوا عنه رقبة بحق الولاية، فلم يكن بين إلحاق النسب وإلحاق الولاء فرق.

وأما الجوابُ عما ذكره أبو حنيفة من دليله الأول، فهو أن المعنىٰ فِي الأصل: أنه إقرار من بعض الورثة، وفِي مسألتنا إقرار من جميعهم، ألا ترىٰ أنهم لو كانوا ثلاثة فأقر اثنان منهم وجحد الثالث، لم يثبت النسب، ولو كان

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٥٣) ومسلم (١٤٥٧) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

الوارث اثنين فأقرَّا بثالث ثبت نسبه، فافترقا.

وأما الجواب عن دليلهم الثاني؛ فهو أنه يبطل بالإقرارِ بالدين علىٰ الأب، فإنه يشبه الشهادة من حيث إنه يثبت دينًا علىٰ غيره، والإقرار من حيث إنه يلزمه فِي ماله الذي فِي يده، وقد أجمعنا علىٰ أنه يثبت بإقرار الوارث الواحد إذا حاز جميع الميراث، فبطل ما قاله.

• فَصْلٌ •

جملةُ الإقرار بالنسب أنه لا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون المقر بالنسب مقرًّا علىٰ نفسه بنسب أو علىٰ غيره، فإن كان علىٰ نفسه مثل أن يقر بأنه ابنه، نُظِر فإن كان المقر به صغيرًا اعتبر فيه ثلاث شرائط:

أحدها: أنه يمكن أن يكون ولدًا له، فإذا لم يمكن أن يكون ولدًا له فلا يثبت، مثل أن يكون للمقر به عشر سنين، وللمقر ست عشرة سنة.

والثاني: أن يكون مجهول النسب، فأما إذا كان معروف النسب فلا.

والثالث: أن لا ينازعه فيه غيره، لأنه إذا نوزع فيه لم يثبت قوله إلا ببينة.

فإذا حصلت هذه الشرائطُ الثلاثُ ثبت النسبُ وإن كان المقر به كبيرًا فإنه يعتبر فيه أربع شرائط؛ منها ثلاثة قد ذكرناها، والرابع: تصديقُ المقر به، فإنه إذا كذَّبه فِي إقرارِه لم يثبت نسبُه منه، فإن أقر بصغير ووجدت فيه الشرائطُ الثلاثُ ثبت نسبه، فإذا بلغ وأنكر أن يكون ولدًا له لم يُقْبَلْ إنكاره، لأنه حكم عليه قبل أن يكون لكلامه حُكْم بأنه ابنه، فلا يسمع بعد الحكم دعواه، كما لو كان فِي يده صبي صغير محكوم له برقبة، فلما بلغ أنكر أن يكون عبدًا له لم تسمع منه تلك الدعوىٰ لما تقدم من الحكم له بالرق قبل أن يكون لكلامه حكم.

فأما إذا أقر علىٰ غيره بنسب مثل أن يقر بأخ فإن كان صغيرًا فبثلاث

شرائط، وإن كان كبيرًا فبأربع شرائط علىٰ ما ذكرنا، ويراعىٰ فِي ذلك إقرار جميع الورثة، فإن كانا اثنين فأقرا قبل إقرارُهما، وكذلك إن كان الوارث ابنًا وبنتًا، أو ابنًا وجدًّا، أو بنتًا وأختًا، لأن الأخت مع البنت عصبة، ويحوزان جميع الميراث.

وأما إن كان الوارث بنتًا واحدة ليس معها غيرها، فإن النسب لا يثبت بإقرارِها حتىٰ يوافقها الإمام علىٰ ذلك، لأن لها نصف الميراث، والنصف الآخر للمسلمين، والإمامُ نائبٌ عنهم فإقرارُه كإقرارِهِم، لأنهم غير مُعَينين، ولا يمكن استيفاء إقرار الجميع.

إذا ثبت هذا فكُلُّ موضع ثبت بالإقرارِ ثبت المال به إلا فِي موضع واحد، وهو إذا كان إثباتُ الميراث يؤدي إلىٰ إسقاطه مثل أن يقر الأخ بابن للموروث، فإن نسبه يثبت، ولا يثبتُ له الميراثُ، لأنه لو ورث حَجَبَ الأخَ وخرج عن أن يكون وارثًا، وبطل الإقرار بالنسب، لأنه إقرارٌ ممن ليس بوارث، وإذا بطل النسبُ بطل الميراث، فلما أدىٰ إثباتُ الميراثِ إلىٰ إسقاطِهِ أسقط وأثبت النسب دونه، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا أنه إذا أقر الوارثُ بنسبٍ وكان ذلك المقَرُّ به إذا ورث حَجَبَ المقر، مثل أخي الميت يقر بابن، فإن النسب يثبت ولا يثبت الميراث، لما قررنا من الدليل.

قال أبو العباس بنُ سُريج: يَحتمِلُ وجهًا آخر أنه يورث، لأنه لا خلافَ بين أصحابنا أنه إذا أقر الأخ بأخ صغير أو كبير فإن نسبه يثبت ويشاركه فِي الميراث، فيكون بينهما نصفين، وإذا جعلناه بينهما نصفين، كان المقر بعض الورثة، والنسب لا يثبت بإقرار بعض الورثة كما لا يثبت بإقرار من ليس

بوارث، فإذا جاز أن يورث، وإن كان ذلك يؤدي إلىٰ أن يكون الإقرار به إقرارًا من بعض وارثه، جاز أن يورث، وإن كان ذلك يؤدي إلىٰ أن يكون الإقرار به إقرارًا من غير وارث، والذي ذكره أبو العباس خلافُ الإجماع.

وأما المسألة التي احتج بها فإنه يُنْظَرُ فإن كان المقَرُّ به كبيرًا، فلا بد من اعتبار رضاه بذلك الإقرار، فلا يكونُ إقرارًا من بعض الورثة، وإنما يكون إقرارًا من جميع الورثة، لأن أحدَهما مقر والآخر مصدِّق لصاحبه فِي إقرارِه وأما إذا كان المقر صغيرًا، فإنه يثبت نسبه بإقرار أخيه المقر، وإن كان التصديق لا يتصور منه، ويورث لأنه أقر به، وليس هناك من يعتبر موافقته إياه علىٰ إقرارِه.

ويفارق هذا إذا خلف ابنين؛ أحدهما عاقلٌ والآخر مجنونٌ، فأقر العاقلُ بأخ، حيث قلنا إن النسب لا يثبت بذلك حتىٰ يوافقه أخوه علىٰ إقرارِه إذا أفاق من جنونه، لأن هناك من يعتبر موافقته إياه علىٰ إقرارِه - وهو المجنون - لأنه إذا أفاق رجع إليه، فإذا وافق أخاه علىٰ إقرارِه ثبت النسب وإن لم يوافق لم يثبت، وهذا الصغير المقر بنسبه لا تعتبر موافقته، لأنه إذا بلغ فإن نسبه ثابت، وافقه المقر علىٰ ذلك[1] أو لم يوافقه.

فرع

إذا مات وخلف ابنًا، فأقر بأخ له، ثم إنهما أقرا بثالث، ثبت نسبُ الثالث، ثم إن الثالث أنكر الثاني، فقال «ليس بأخ لنا»، سقط نسبُه، لأنه وارث، وما تقدم منه إقرار به، فيكون المال بينه وبين الأول، ويسقط الثاني، وهذه المسألة التي يستعمل فيها الناس قولهم أدخِلْني أُخْرِجْك، لأن الثاني أدخل الثالث مع الأول ثم جاء الثالث فأخرج الثاني.

---

(١) بياض في (ص) وليس في (ف).

فرع

إذا خلَّف رجل ثلاثة بنين، فأقر اثنان بأخوة آخر وجحد الثالث لم[١] يثبت نسبُه بشهادتِهما، لأنهما لو كانا أجنبيين فشهدا بذلك ثبت، فإذا كانا وارثين فأولىٰ أن يثبت لأنهما يستضران بهذه الشهادة.

فرع

إذا خلَّف زوجةً وأخًا فأقرت الزوجةُ بابن للزوج وأنكره الأخ؛ لم يثبت نسبه.

فإذا قلنا: إن المشاركة تثبت فِي المال الذي فِي يد المقر بإقرارِهِ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، فإن هذه المرأة تزعم أن لها الثمن، لأن لموروثها ابنًا فينظر، فإن كان المال فِي يد الأخ لم تأخذ إلا الثمن، لأن القدر الذي تدعيه وإن كان فِي يدها لم يأخذ الأخ إلا ثلاثة أرباعه، لأن هذا القدر هو الذي يدعيه، لأنه يقول لها الربع؛ إذ ليس لموروثنا ابنٌ، فيبقىٰ فِي يدها الربع وهي تدعي نصفه، فيكون لها، وأما النصف الآخر فماذا يعمل به؟ علىٰ الأوجه التي ذكرناها.

فرع

إذا خلَّف ابنين، فأقر أحدهما بأخ، وجحد الآخر، فإن نسب المقر به لا يثبت، فإن مات الجاحد فورثه المقر جميع ماله ثبت نسب المقر به، لأن المقر حاز جميع الميراث، كما لو انفرد بالميراث أول الأمر، وإن خلف أخوه الجاحد ابنًا، فوافق عمَّه علىٰ إقرارِه ثبت النسبُ والميراثُ علىٰ ما ذكرنا.

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

فرع

إذا خلَّف ابنين؛ أحدهما عاقلٌ والآخر مجنونٌ، فأقر العاقلُ بنسب آخر؛ لم يثبت النسبُ، بإقرارِهِ، لأنه ما[١] حاز جميع الميراث[٢]، فإن أفاق المجنونُ فوافقه علىٰ إقرارِه؛ ثبت النسب والميراث، وإن خالفه لم يثبت النسب[٣].

وإن مات وهو مجنونٌ فإن ورثه المقر جميع ماله ثبت النسب وإن لم يوافقه لم يثبت[٤].

وإن خلف ابنين؛ أحدهما كافر، والآخر مسلم، فأقر أحدهما بأخ، نُظِر، فإن كان الميت كافرًا فإن الميراث للكافر، فإذا أقر بنسب ثبت النسب ولا يراعىٰ جحود المسلم، لأنه لا يرث شيئًا، وإنما حصل الميراث للكافر، وإن كان الميتُ مسلمًا، فالميراثُ كلُّه للأخ المسلم، فإذا أقر بنسب ثبت النسب، ولا يراعىٰ جحود الكافر فإن الكافر فِي هذه المسألة أو المسلم فِي تلك المسألة لم يكن لإقرارِهما تأثير، لأنهما ما ورثا شيئًا، ومتىٰ أثبتنا النسب بإقرار الوارث، فإن كان علىٰ دينه شاركه فِي الميراث، وإن لم يكن علىٰ دينه لم يشاركه فيه.

وأما إذا خلف ابنين؛ أحدهما قاتل فالميراث كله للأخ الذي ليس بقاتل، فإن أقر بنسب أخ ثبت النسب وشاركه فِي الميراث وإن أقر القاتل لم يثبت النسب، لأنه ليس له من الميراث شيء.

---

(١) زيادة ضرورية.

(٢) لأن المجنون وارث.

(٣) بحر المذهب (٦/ ١٧٤).

(٤) كذا! وفي العبارة نقص ظاهر، وقد قال الروياني: لو مات هذا الصغير أو المجنون يراعي إقرار وارثه، فإن كان وارثه الأخ ثبت نسب المدعي بالإقرار السابق منه.

فرع

إذا أقر رجل ببنوة صبي لم يكن ذلك إقرارًا بزوجية أُمِّه، سواء كانت مشهورة الحرية أو لم تكن، وقال أبو حنيفة: إن كانت مشهورة الحرية كان ذلك إقرارًا بزوجيتها، وإن لم تكن مشهورة الحرية لم يكن ذلك إقرارًا بزوجيتها.

واحتج بأن أنساب المسلمين وأحوالهم ينبغي أن تحمل علىٰ الصحة [فإذا أقر][1] ببنوة الصبي، فوجهُ الصحة أن يكون الولدُ بنكاح، وإذا كان بنكاح ثبتتْ زوجية أمه.

ودليلنا: أنه لو أقر بولد فلم يكن فيه إقرارٌ بزوجِيَّة أُمِّه؛ الدليلُ علىٰ ذلك إذا لم تكن معروفة الحرية، ولأن إقرارَهُ ببنوته لما لم يكن إقرارًا ببنوة أخته، فكذلك لا يكونُ إقرارًا بزوجية أمه، لأنه يُحْتَمَلُ أن يكون من نكاح صحيح، ويُحْتَمَلُ أن يكون من نكاح فاسد، ويُحْتَمَلُ أن يكون من وطء شبهة، وإذا احتمل هذه الوجوه لم يُحمل علىٰ النكاح الصحيح دون غيره، والذي ذكره أبو حنيفة من الاستدلال باطل ببنوة أخته، ثم إنا نحمل النسب علىٰ الوجه الصحيح، لأن النسب يثبت بالوطء فِي النكاح الفاسد وبالشبهة كما يثبت بالنكاح الصحيح.

فرع

إذا مات صبيٌّ مجهولُ النسب، وله مال، فأقر رجلٌ بنسبه ثبت النسب، وكان ماله ميراثًا، لأن الشرائط التي نعتبرها فِي ثبوت النسب إذا كان حيًّا من الإمكان وغيرِهِ موجودةٌ فيه إذا كان ميتًا.

فإن قيل: هو متهم فِي ذلك، لأنه يجوز أن يكون قصد ذلك لأجل المال.

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

فالجوابُ، أن ذلك باطلٌ به إذا كان حيًّا وله مالٌ فأقر به، فإن لحوق التهمة مجوزة فِي هذه الحالة، لأنه يُنتَفَع بماله فِي حياته كما يُنتَفَع به بعد موته، ومع هذا فإن النسب يثبت، وكذلك إذا كان المقر بنسب الميت كبيرًا، فإنه يثبت نسبه بإقرار المقر به لوجود الشرائط، وتصديقُه لا يراعىٰ، لأنه إذا مات صار فِي معنىٰ الصغير والمجنون الذي لا حكم لكلامه ولا اعتبار بتصديقه؛ كذلك ههنا، والله أعلم بالصواب.

مسائل من الدَّور

حكى المُزنِي عن الشافعي رضي الله عنه **قال**[1]: (إذا أذن الرجلُ لعبده فِي النكاح فتزوج بامرأةٍ بمهرٍ، وضمن السيدُ ذلك المهر لها، ثم إنه باع العبد منها بقدر المهر الذي لزمه ضمانه، لم يصح البيع، لأن إثباته يؤدي إلىٰ إسقاطه).

والمسألةُ مفروضةٌ فيه إذا اشترته زوجتُه قبل الدخول بها، لأنَّا إذا صححنا ذلك البيع ملكت المرأةُ زوجها، وإذا ملكته انفسخ النكاح، وإذا انفسخ سقط المهر، لأنه فسخٌ جاء من قِبَلِها، قبْلَ الدخول، وإذا سقط المهرُ عري البيع عن الثمن، والبيعُ لا يصِحُّ إلا بثمن فلما كان إثباتُه يؤدي إلىٰ إسقاطِهِ لم يثبت.

فرع

إذا أعتق أَمَةً له فِي مرضه وتزوجها ومات، لم يرث، لأن إثباتَ الميراثِ يؤدي إلىٰ إسقاطه، لأنَّا إذا ورثناها، كان عتقها وصية لوارث، والوصيةُ للوارث لا تصح، وإذا بطلت الوصيةُ بطل العتقُ وعادت رقيقةً ولم يثبتْ لها الميراثُ فلما كان إثباتُه يؤدي إلىٰ إسقاطه لم يثبت.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

فرع

إذا كانت له جاريةٌ قيمتُها مائة، زوَّجها من عبدٍ بمائة، وله مائة، ثم إنه أعتقها ومات، ولم يدخل الزوجُ بها بعد، لم يثبت لها الخيار لكونها معتقة تحت عبد، لأنَّا إذا أثبتنا لها الخيار واختارت الفسخَ سَقَطَ المهر، لأنه فسخٌ من قِبَلِهَا قبل الدخول، وإذا سقط المهرُ لم تخرج قيمتها من الثلث، ويرق بعضها، وإذا رق بعضها لم يثبت لها الخيار فِي فسخ النكاح، فإثبات الخيار يؤدي إلىٰ إسقاطه بإسقاط غيره، فلم يثبت أصلًا.

فرع

إذا مات وخلَّف أخًا، فادَّعىٰ رجلٌ أنه ابن الميت، وأنكر الأخ، فالقولُ قولُه مع يمِينِه، فإن حلف أسقط دعواه، وإن نكل رُدَّت اليمينُ علىٰ المدعي وحلف أنه ابنُ الميت، فإذا حلف ثبت نسبُه وهل يرث أم لا؟ إن قلنا إن يمين المدعي مع نكول المدعىٰ عليه بمنزلة إقرار المدعىٰ عليه، لم يرث، لأنه يؤدي إلىٰ أن يكون ذلك إقرارًا من غير وارث، لأنه يحجب المقر ويحوز المال دونه وإن قلنا إنه بمنزلة الشهادة ثبت الإرث.

فرع

إذا أعتق أَمته فِي مرضه، وقيمتُها مائةُ دينار، وله مائتان، وتزوَّجها، وأصدقها مائة دينار، ومات؛ لم ترث، لأنَّا إذا أورثناها كان إعتاقُه إياها حال مرضه وصية لوارثٍ، والوصيةُ للوارث لا تصح، وإذا لم تصح بطل العتق، وإذا بطل العتق بطل النكاح، وإذا بطل النكاح بطل الميراث، فإثباتُ الميراثِ يؤدي إلىٰ إسقاطه، فلم يثبت، ولا تأخذ صداقها أيضًا، لأن ذلك يؤدي إلىٰ إسقاط الصداق، لأنها إذا أخذت مائة صداقًا عاد ماله مائتي دينار مائة قيمتها، ومائة دينار خالصة فِي يده، فتكون قيمتها نصف ماله، فلا يخرج

عتقها من ثلث ماله، ويرقُّ بعضُها، وإذا رق البعضُ بطل النكاح، وإذا بطل النكاح بطل الصداقُ، لأن ثبوته بثبوت النكاح.

فرع

إذا أعتق رجُلٌ عبدين فِي حال صحته، فادَّعىٰ رجلٌ عليه أنه غصبهما عليه، وأنهما مملوكان له، فأنكر المعتقُ ذلك، فشهد للمدعي المعتقان بذلك، لم تقبل شهادتُهما، لأن إثبات شهادتهما يؤدي إلىٰ إسقاطها، لأنه إذا حكم بشهادتهما لم ينفذ العتقُ، وإذا لم ينفذ العتقُ بقيا علىٰ رقِّهما، وإذا بقيا علىٰ رقِّهما لم تصح شهادتُهما، فلما كان إثباتُها يؤدي إلىٰ إسقاطها لم يحكم بها.

فرع

وإن أعتق عبدين فِي مرضه ومات، فادَّعىٰ رجلٌ عليه دينًا يستغرقُ جميع ماله، وشهد له بذلك العبدان المعتقان، لم يحكم بشهادتهما، لأن ذلك يؤدي إلىٰ إسقاطها، لأن الدَّيْنَ إذا استغرق جميعَ التركة لم ينفذ العتقُ، لأن الدينَ مقدَّمٌ علىٰ الوصية، وإذا لم ينفذ العتقُ بقيا علىٰ الرقِّ، وإذا بقيا علىٰ الرقِّ لم تقبل شهادتهما، فلما كان إثباتُ ذلك يؤدي إلىٰ إسقاطه لم تقبل شهادتُهما.

فرع

إذا كان مالُه ثلاثةَ آلاف درهم، فاشترىٰ فِي مرضه أباه بألف عتق عليه، فإذا مات الابنُ لم يرثه الأب، لأن توريثه يؤدي إلىٰ إسقاط ميراثه، لأنَّا إذا ورَّثناه صار عتقُه وصيةً له، والوصيةُ للوارث لا تجوز، فبطل العتق، وإذا بطل العتقُ بطل الميراث.

فأما إذا أوصىٰ له به، فقبِلَ الوصية أو وَهَبَ له فقبِل الهبةَ عتق، ولا يورث أيضًا لما ذكرنا، لأنَّا إذا ورثناه كان العتقُ وصية للوارث، وذلك لا

يصح، فبطل العتق.

وقال أبو العباس بن سُريج: يورث فِي هذه المسألة، لأنه ملك الأب من غير عوض، لأنه لم يخرج فِي مقابلته مالًا ولم يستقر عليه ملكُه حتىٰ يعد من جملة المال الذي فِي يده الذي يحسب الوصية من ثُلُثِهِ، وإذا كان كذلك لم تعد رقبة أبيه من جملة ماله.

قال: والذي يدل علىٰ صحة هذا أنه إذا اشترىٰ أباه بألف، وهو يسوىٰ ألفين، لم تجعل قيمته من جملة ماله، لأنه لم يستقر عليه ملكُه، وإنما يعتبر القدر الذي أخرجه عوضًا فِي مقابلته، فإذا كان كذلك فقد ثبت أنه لا اعتبار برقبته، لأن الملكَ لم يستقر عليها، ولم يغرم فِي مقابلته مالًا فيكون فِي الحكم كأنه عتق علىٰ غيره، ولو عتق علىٰ غيره ورث، فكذلك إذا عتق عليه بهذا الوجه، ولا فرق بينهما.

فرع

ذكر المُزنِي فِي «المنثور» أنه إذا قال لامرأته[1]: «إن طلقتُك طلاقًا أملكُ فيه الرجعة، فأنت طالقٌ ثلاثًا»، ثم قال لها: «أنت طالق»، لم يقع طلاقٌ من تلك الجملة؛ لا الطلاق الذي أوقعه، ولا الطلاق المشروط، لأنه جعل شرطَ وقوع الثلاث وقوعَ طلاقٍ يملكُ فيه الرجعة.

فإذا أوقعنا الطلاقَ المواجهَ به وقع الثلاث عقيبه، لأن شرطها قد وجد، وإذا وقع الثلاثُ فإنها تقع عقيب الطلاق فيمنع الرجعة، فيخرج ذلك الطلاقُ عن أن يكون طلاقًا يملكُ فيه الرجعة، وإذا خرج من أن يكون كذلك لم تقع الثلاث، لأن الشرط لم يوجد ويؤدي إيقاعُه إلىٰ إسقاطِهِ وإسقاطِ غيره، فلم يقع.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

فإن قال لها «إن طلقتُك فأنت طالق قبله ثلاثًا»، ثم طلقها، لم يقع عليها طلاق، لأنَّا إذا أوقعنا الطلقة[١] المواجه بها احتجنا إلىٰ أن نوقع الثلاث قبلها، وإذا وقع الثلاثُ قبلها، لم تقع الطلقةُ المواجه بها، وهي شرطُ وقوع الثلاث، فإذا لم تقع لم يوجد الشرطُ، وإذا لم يوجد الشرط لم تقع الثلاث، فكان إيقاعُه يؤدي إلىٰ إسقاطه، فلهذا لم يقع، وعلىٰ هذا لا يمكن إيقاع الطلاق علىٰ هذه المرأة.

فأما إذا قال لغير المدخول بها «إن طلقتُك فأنت طالقٌ قبله طلقة»، ثم قال لها «أنت طالق»، لم تقع طلقة، لأنها إذا وقعت الطلقةُ المواجه بها وقعت الأخرىٰ قبلها، وإذا وقعت الأخرىٰ لم تقع المواجه بها، لأنها تبينُ بتلك، وإذا لم تقع المواجه بها وهي شرطٌ فِي وقوع الأخرىٰ لم تقع تلك، فكان إثباتُ الإيقاع يؤدي إلىٰ إسقاطه، وكذلك إن قال «إن طلقتك غدًا، فأنت طالق اليوم» فيكون الحكم علىٰ ما ذكرنا.

قال أبو العباس بن القاص[٢]: تقع الطلقةُ المواجه بها فِي هذا الموضع ولا تقعُ الأخرىٰ، والذي عليه أصحابُنا ما ذكرنا.

فَرع

إذا قال لأَمته «إن صليتِ مكشوفةَ الرأس غدًا مع وجود السُّترة، فأنت حرة اليوم»، فصلتْ مكشوفة الرأس من الغد، لم يقع العتقُ عليها، لأن إيقاعه يؤدي إلىٰ سقوطه، لأن إطلاقَ اللفظ يرجع إلىٰ الصلاة الصحيحة، والحُرة لا تصح صلاتُها مكشوفة الرأس، فإذا أوقعنا العتقَ لم تصح صلاتُها لأنها حرة، وإذا لم تصح صلاتُها لم يقع العتق، فكان إيقاعُه يؤدي إلىٰ نفيه

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).
(٢) أحمد بن أحمد الطبري، البغدادي.

وإسقاطه، فلم يثبت، والمسألةُ مفروضةٌ إذا كان معها سُترة وصلَّت مكشوفة الرأس.. **قال القاضي** رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ويجوزُ أن يكونَ أبو العباس بنُ القاص ممن[(١)] قاس مسائل الطلاق علىٰ هذه المسألة.

فرع

إذا ادَّعىٰ علىٰ صبيٍّ أنه بلغ، فأنكر ذلك، لم يحلف وكان القولُ قولَ الصبي من غير يمين، لأن إثبات اليمين عليه يؤدي إلىٰ نفيها، لأنه إذا حلف أنه لم يبلغ ثبت صباه، وإذا ثبت صباه لم تصح يمينُه، لأن يمينَ الصبيِّ لا تصح ولا تنعقد، فلما كان إثباتها يؤدي إلىٰ نفيها لم تثبتْ فِي الأصل، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ (قال الشَّافِعِيُّ فِي الْمَرْأَةِ تَقْدَمُ مِنْ أَرْضِ الرُّومِ وَمَعَهَا وَلَدٌ فَيَدَّعِيهِ رَجُلٌ بِأَرْضِ الْإِسْلَامِ أَنَّهُ ابْنُهُ وَلَمْ يَكُنْ يُعْرَفُ أَنَّهُ خَرَجَ إِلَى أَرْضِ الرُّومِ أَنَّهُ يَلْحَقُ بِهِ)[(٢)].

وهذا كما قال.. إذا دخلتْ إلىٰ دار الإسلام امرأةٌ من بلاد الروم، ومعها ولد، فأقر رجلٌ أنه ابنه، ثبت النسبُ، لأنه أقر بصغير مجهول النسب مع وجود الإمكان وعدم المنازعة والاعتبار بالإمكان - وإن كان ظاهر الحال أنه لم يخرج إلىٰ بلاد الروم - وهو أن يكونَ قد دخل إلىٰ دارهم، فوطئها فيها، ودخلتْ هي دارنا فوطئها فيها، أو يكون قد بعث فِي قارورة إليها بمائه، فاستدخلته، والنسب يلحق مع وجود الإمكان، ولا يعتبر ظاهر الحال.

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

وقول الأطباء أن الماء إذا بَرَدَ لم يتخلَّق منه الولد - فلا يتصور أن يُنْفِذ إليها ماءه فِي قارورة، فتستدخله، فتحبل منه - قولٌ لا يصح، لأن الإمكان حاصل مع ذلك، والاعتبارُ بالإمكان، ولأن العادة فِي أمثال هذا بخلاف قولهم، لأن البيض يتخلَّق منه الفراخ وإن كان قد برد، وكذلك بزرُ دود القَزِّ يتولدُ منه الدودُ بعد ما برد، وطال عهدُه، فلا يمتنع أيضًا ههنا أن يتخلق الولدُ من الماء بعد ما برد[١].

فإن قيل: فقد دخلتم فيما أنكرتم علىٰ أبي حنيفة فِي إلحاق النسب بالزوج الذي يتزوج ويطلق فِي حالة واحدة، فيقول: «قبلت هذا النكاح» ثم يقول: «هي طالق»، فعند أبي حنيفة: أنها إذا ولدت ألحق الولد بهذا المطلق، **فالجوابُ:** أن الذي قلناه غير الذي قاله، لأن الإمكان ومدته حاصلةٌ فِي مسألتنا، وأما فِي المسألة التي قالها، فلا إمكان فيها، لأن قبوله النكاح وطلاقه فِي حالة واحدة، فإن جاز أن يكون وطئها قبل النكاح، فلا يلحق به، وإن جاز أن يكون بعد الطلاق، فلا يلحق أيضًا، وأما بين النكاح والطلاق فليس زمان يمكن فيه وجود الوطء، فدل علىٰ الفرقِ بينهما.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ: (وَإِنْ كَانَتْ لَهُ أَمَتَانِ لَا زَوْجَ لِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، فَوَلَدَتَا وَلَدَيْنِ،

---

(١) هذا مما نقله المصنِّفُ عن أبي حامد الإسفراييني، لكنه لم يصرح بنسبته إليه، وقد أوضحه الحاوي الكبير (٧/ ١٠٥) - ونقله عنه بحر المذهب (٦/ ١٧٩) - واستشنعه جدًّا فقال: (وقال أبو حامد الإسفراييني: يلحق به الولد، لأنه قد يمكن أن يكون قد أنزل منيًّا في قطنة وأرسلها إليه، فاستدخلت، فعلقت منها، فلحقه به، لأجل هذا الإمكان، وهذا مذهب شنيع وتعليل قبيح لأنه وطء وإحبال بالمراسلة، والله المستعان).

فَأَقَرَّ السَّيِّدُ أَنَّ أَحَدَهُمَا ابْنُهُ، وَلَمْ يُبَيِّنْ، فَمَاتَ، أَرَيْتُهُمَا الْقَافَةَ، فَأَيُّهُمَا أُلْحِقَ بِهِ جَعَلْنَاهُ ابْنَهُ)[1] الْفَصْلُ إِلَى آخِرِهِ.

وهذا كما قال.. إذا كان لرجل جاريتان، لكلِّ واحدةٍ منهما ولدٌ فأقر بأن أحد الولدين ابنه، ثبت نسبُ أحدهما ولحق به بإقرارِهِ دون الآخر، وإنما يكون كذلك إذا وجد شرطان:

أحدهما: أن تكونَ الأمتان غير[2] ذواتي زوجين، لأنهما إذا كانتا ذواتي زوجين كان الولد لاحقًا بالزوج دون السيد.

والثاني: لا يكونُ قد أقر بوطئهما، ولا بوطء إحداهما، لأنه إذا أقر بالوطء، صارت التي أقر بوطئها فراشًا، وإذا صارت فراشًا لحق الولدُ به من غير إقرار بالولد.

فإذا ثبت هذا، ووجد الشرطان فأقر بنسب أحدهما مبهمًا ثبت نسبُه دون الآخر، لأنه أقر بنسب مجهول النسب، والإمكانُ موجود، ولا منازع له فيه، ويُحكم بحريته لأنه ملك له.

فإن كان وطئها فِي ملكه، فهو حُرٌّ الأصل، وإن كان وطئها فِي ملك غيره، فقد ملك الولد ومن[3] ملك ولده عتق عليه، فعلىٰ كلِّ حال يُحكم بحريته.

إذا ثبت أنَّا نحكمُ بلحوق النسب وبالحرية، فإنا نكلفه أن يعيِّن الذي أقر بنسبه، كما إذا طلق[4] إحدىٰ امرأتيه لا يُعينها، فإنا نكلفه التعيينَ والبيانَ، فإذا

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) في (ص): «من».

(٤) في (ص): «أطلق».

عيَّن تعين، لأنه لما ثبت نسبُه منها بإقرارِهِ ثبت تعيينُه، فإذا تعين الولد كلفناه أن يبين كيفية الاستيلاد.

فإن قال «استولدتُها فِي ملكي»، حكمنا بأن الولد حُرٌّ الأصل ولا ولاء له عليه وتصيرُ الأمة أم ولد له.

وإن قال «استولدتُها فِي نكاح»، فإن الولد لا يكونُ حُرَّ الأصل، ويكون قد مسَّه الرقُّ، وثبت له عليه الولاءُ لأنه عتق بملكه، ولا تصير الأمةُ أمَّ ولد له.

وإن قال «استولدتُها بِوطءٍ بشبهة»، فالولد حُرٌّ الأصل، وهل تصير الجارية أم ولد؟ علىٰ قولين.

فإن نازعته الأخرىٰ وادعت أنها التي أقر بنسب ولدها واستولدها، وأنكر المقر ذلك، كان القولُ قولَه مع يمِينِه، فإذا حلف أسقط دعواها ورقَّت ورقَّ ولدها، فإن مات المقر عتقت أم المقر به إن كانت قد ثبتت لها حُرمة الولادة، وإن لم تثبت فإنها علىٰ الرقِّ، وقد ورثها ابنها وعتقت عليه.

وإن كان معه وارثٌ آخر ورث حصته وعتق عليه ذلك المقدار وبقي الباقي علىٰ الرق، ولا يُقَوَّمُ عليه؛ لأنه إنما يُقَوَّمُ عليه إذا باشر عتق البعض بنفسِهِ أو كان بسبب من جهته، فإذا لم يكن بمباشرة منه ولا سبب فإنه لا يُقَوَّمُ عليه.

هذا الكلام فيه إذا مات بعد البيان، فأما إذا مات قبل أن يبين ذلك، قام وارثُه مقامه فِي التعيين والبيان، كما يقوم مقامه فِي حقوقه كلها، فإن عيَّن الولد وبيَّن كيفية الاستيلاد، فالحكم علىٰ ما بينا فِي تعيين الموروث، وبيانُه وإن عيَّن الولد وقال «لا أعرف كيفية الاستيلاد» فحُكمُ الولد علىٰ ما مضىٰ، وأما الجاريةُ فإن كان قد جرىٰ فِي لفظ المقر ما يُستدل به علىٰ كيفية

الاستيلاد عمل علىٰ حسب ذلك.

وإن لم يكن فِي لفظه ما يستدل به علىٰ ذلك فقد اختلف أصْحابُنا فِي حكمها، فقال أبو إسحاق وأبو علي وأكثرهم: إنها علىٰ الرق، لأن الأصلَ الرِّقُّ، فلا يزال إلا بيقين، ومنهم من قال يحكم بحريتها إذا مات، وإن كانت أم ولد، لأن الظاهر أنه وطئها فِي ملكه، لأنه أقر بولدها وهي فِي ملكه.

فأما إذا امتنع الوارثُ من التعيين والبيان وزعم أنه لا علم له بشيء من ذلك عرضناهما علىٰ القافة، كما يعرضُ الولد إذا تنازعه اثنان.

فإن قيل: كيف يعرضُ علىٰ القافة والأب ميتٌ لا يمكن مشاهدته ومشاهدة الأمارات التي يُستدل بها علىٰ إلحاق الأنساب.

فالجوابُ: أنه يجوزُ أن تكون القافةُ قد شاهدته فِي حال الحياة أو بعد الموت وقبل الدفن، أو يشاهدون عصبته من الجدِّ والعم والأخ، لأن القائف يُستدل بالأقارب من جهة الأب، فإن عرضوهما علىٰ القافة وعينوا أحدَهما تعيَّن، ويكون الحكم علىٰ ما ذكرنا فِي «الأم» من ثبوت الحرية لها.

وإن أشكل الأمرُ علىٰ القافة، فلم يعينوا أو ألحقوهما جميعًا به أو لم يكن قافة، أقرعنا بينهما لأجل الحرية لا لأجل النسب، لأن القرعة تدخلُ فِي تمييز الحرية، ولا تدخلُ فِي تمييز النسب.

فإذا خرجت القرعةُ علىٰ أحدهما تعين حقُّ الحرية فيه، ويكون النسبُ علىٰ ما كان عليه، ومثل هذا لا يمتنع، كما إذا شهد رجلٌ وامرأتان بالسرقة ثبت المال دون القطع.

وإذا ثبت أن الحرية تثبتُ بالقرعة دون النسبِ وأن النسبَ علىٰ ما كان عليه من الإبهام، فهل يوقف الميراث أم لا؟

اختلف أصْحابُنا فِي ذلك فمنهم من قال لا يُوقف، ولكنه يقسم، وقال

المزني: يُوقف، لأنَّا تيقنا أن أحدهما وارثٌ وعدم تعيينه لا يخرجه عن أن يكون وارثًا.. وهذا غير صحيح، لأنَّا إنما نوقف على[1] ما تعين أولًا، ثم أشكل، فيتوقف رجاء تلك الحالة، وهذا قد أشكل فِي الأصل، فلا حالة ترجىٰ فِي التعيين والبيان، وتيقنا أن أحدهما وارثٌ لا يوقف الميراث كما قلنا إن الأخوين إذا ماتا وتيقنا أن[2] أحدهما مات قبل الآخر، مثل أن يكونا فِي سفينتين فغرق أحدُهما قبل الآخر غير أنا لا نعلم أيهما كان فِي التي غرقت أولًا، أو ماتا تحت الهدم فِي دارين وعلمنا أن إحدىٰ الدارين وقعت قبل الأخرىٰ ولم يتعين لنا ذلك، فإن الميراث لا يوقف؛ كذلك ها هنا.

وأما أبو حنيفة فإنه قال يعتق مِن كلِّ من الولدين نصفه، ويُسْتسعىٰ فِي الباقي، وبناه علىٰ الاستسعاء، ونحن ندل علىٰ بطلان الاستسعاء فِي موضعه إن شاء الله، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال المُزَنِي رَحِمَهُ اللهُ : (وَسَمِعْتُهُ يَقُولُ: لَوْ قَالَ عِنْدَ وَفَاتِهِ لِثَلَاثَةِ أَوْلَادٍ لِأَمَتِهِ «أَحَدُ هَؤُلَاءِ وَلَدِي»، وَلَمْ يُبَيِّنْ، وَلَهُ ابْنٌ مَعْرُوفٌ، قَالَ: يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ، فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ عُتِقَ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ نَسَبُهُ وَلَا مِيرَاثٌ، وَأُمُّ الْوَلَدِ تُعْتَقُ بِأَحَدِ الثَّلَاثَةِ)[3].

وهذا كما قال.. صورة هذه المسألة فِي رجل له أمة ولها ثلاثة أولاد، فأقر بأن أحدهم[4] ابنه - والمسألةُ مفروضةٌ فِي أمة ليس لها زوج - ولم يقر

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) زيادة ضرورية.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٤).

(٤) في (ص): «أحدهما».

سيدُها بوطئها[١] كما ذكرنا فِي المسألة قبلها.

فإذا ثبت هذا، فإن الإقرار يصحُّ ويثبتُ النسبُ ويُحكم بحرية الولد المقر به، ويطالب بالتعيين فإن عيَّن الأصغر تعيَّن وبقي الأكبر والأوسط علىٰ رقِّهما ثم يطالب ببيان كيفية الاستيلاد.

فإن قال «استولدتُها فِي ملكي»، ثبت لها حرمة أم الولد، وكان الولد حر الأصل، ولم يثبتْ عليه رق[٢].

وإن قال «استولدتُها بنكاح» لم تثبت لها حرمة أم الولد، ولا يكونُ الولد حر الأصل، ويكون له الولاء عليه، لأنه عتق عليه بعد ما مسه الرق.

وإن قال «استولدتُها بوطء شبهة»، فهل تثبت لها حرمة أم الولد أم لا؟ مبني علىٰ القولين، ويكون الولدُ حُرَّ الأصل.

فهذا الكلامُ فِي تعيين الأصغر، فأما إذا عيَّن الأوسطَ تعيَّن ويقر الأكبر علىٰ الرقِّ ثم يطالب ببيان كيفية الاستيلاد، فإن كان استولدها فِي ملكه ثبت لها حرمة أم الولد، وكان الأوسط حر الأصل.

وأما الأصغر، ففيه وجهان:

أحدهما: يكونُ حكمه موقوفًا علىٰ حكمها، فتثبت له حُرْمة الحرية كما تثبت لها، لأنه ولد أم الولد كما لو أتت بعد ذلك بولد من زوج أو زنًا.

والثاني: أنه يكون مملوكًا قنًّا وإن كانت أتتْ به بعد ما ثبت لها حرمة أم الولد بولد قبله من سيدها بجواز أن تكون مرهونة فيستولدها الراهن فتباع الجارية فِي حقِّ الرهن فتأتي بولد من زوج أو زنا فِي ملك المشتري، ثم تعود إلىٰ الراهن بعد ذلك فتستقر لها حرمة الحرية برجوعها إليه، فيكون ولده

---

(١) في (ص): «فوطئها».

(٢) في (ص، ف): «لم يثبت رق».

منها حرًّا ويثبت لها الحرمة بذلك، ويكون الذي أتت به بعده مملوكًا قنًّا.

وإذا احتمل ذلك لم تثبت له حرمةُ الحرية مع ذلك الاحتمال، وإن كان قد استولدها بنكاح لم تثبتْ لها حرمة أم الولد، وكان الأوسطُ قد مسه الرق، ويكون الأصغرُ مملوكًا قنًّا، وإن كان استولدها بوطء شبهة، فهل تثبت لها الحرية أم لا؟ علىٰ قولين.

هذا إذا عيَّن الأوسط، وإن عيَّن الأكبر تعيَّن، ويرجع إليه بيان الاستيلاد، فإن كان استولدها فِي ملكه كان حر الأصل، وتثبت لها حرمة أم الولد.

وفِي الأوسط والأصغر[1] وجهان؛ **أحدهما**: تثبت لها حرمة الحرية، **والثاني**: لا تثبت لها بذلك[2]، وإن كان استولدها بنكاح لم تثبت لها حرمة أم الولد، ويكون الأكبر قد مسه الرق ويكون الأوسط والأصغر رقيقين، وإن كان استولدها بوطء شبهة.

فعلى ما ذكرنا إذا ثبت هذا، فإذا عيَّن الولد وبيَّن الاستيلاد، ثم مات بعد ذلك فكُلُّ من ثبت له حرمة الحرية من الجارية والولد الأوسط والأصغر علىٰ ما ذكرنا من الترتيب، فإنه يعتق بموته.

وإن كان لم يثبت للجارية حرمة نُظِر، فإن لم يرثه إلا الولد الذي عيَّنه، عتقت الأم عليه لأنه يملكها، وإن كان هناك ولد آخر عتق عليه منها القدر الذي خصَّه، ولا يُقَوَّم الثاني عليه، لأن ذلك العتق لم يكن باختياره، وإنما وقع بالشرع.

هذا إذا عيَّن وبيَّن ثم مات، فأما إذا مات قبل أن يعين ويبين رجعنا إلىٰ الورثة فإنهم يقومون مقامه، فإن عينوا الأصغر تعين، وكان الأوسط والأكبر

---

(١) في (ص): «الأصغر».

(٢) في (ص): «ذلك».

مملوكين، ويطالبون ببيان كيفية الاستيلاد، فإن قالوا «استولدها فِي ملكه» عتقت بموته وكان الأصغرُ حرَّ الأصل، وإن قالوا «استولدها بنكاح»، لم يثبت لها حرمة أم الولد، ويعتق منها القدر الذي ورثه ابنه.

وإن عينوا الأوسط والأكبر، وبينوا الاستيلاد، فالحكم علىٰ ما ذكرنا فيه إذا عينه الموروث.

وأما إذا عين الوارث الولد وادَّعىٰ أنه لا علم له بكيفية الاستيلاد، فإن كان فِي إقرار الموروث ما يستدل به علىٰ كيفية الاستيلاد بني الحكم علىٰ ما مضىٰ، وإن لم يكن ما يستدل به علىٰ ذلك، فهل تثبت لها حرمة الحرية فيحكم بعتقها بموته أم لا؟ فيه وجهان علىٰ ما ذكرنا فِي المسألة قبلها.

فأما إذا ادَّعىٰ الوارث أنه لا علم له بذلك ولم يعيِّن الولد، فإنهم يعرضون علىٰ القافة، فإن ألحقوا أحدهم تعيَّن، ويكون الحكم فِي الآخرين علىٰ ما مضىٰ، وإن لم يكن، فهل تثبت لها حرمة أم الولد حتىٰ يحكم بعتقها بموته أم لا؟ علىٰ الوجهين، ولا يرجع إلىٰ القافة فِي بيان كيفية الاستيلاد إذ لا مدخل لهم فِي ذلك.

فأما إذا أشكل الأمر علىٰ القافة، أو لم يكن قافة فإنا نقرع بين الثلاثة، فإن خرجت القرعة لأحدهم تعينت الحرية فيه، ويكون النسب علىٰ الإبهام كما كان؛ لأنه لا مدخل للقرعة فِي النسب، ولها مدخل فِي الحرية.

فإذا ثبت هذا، فإن خرجت القرعة للأصغر حكمنا بحريته، ورق الأكبر والأوسط، وإن خرجت للأوسط رق الأكبر وفِي عتق الأصغر وجهان، وإن خرجت للأكبر، ففِي عتق الأوسط وجهان، وفِي عتق الأصغر وجهان.

وهل يحكم بثبوت حرمة الحرية والعتق بالموت؟ يُنْظَرُ فإن كان فِي إقرارِه ما يستدل به علىٰ كيفية الاستيلاد بني الحكم عليه، وإن لم يكن فعلىٰ

ما ذكرنا من الوجهين.

إذا ثبت هذا، وتعينت الحرية فِي أحدهما بالقرعة، فإن الميراث يكون للابن المعروف النسب، ولا يثبت للذي تعيَّن بالقرعة ميراث ولا يوقف له الميراث.

وقال المزني: (**يجب أن يُوقف له ميراث ابن، لأَنَّا تيقنا أن أحدهم ابنه، وإن جهلنا عينه**)(١).

وهذا كما قال الشافعي فِي رجل طلق إحدىٰ امرأتيه، ومات، ولم يبين، أنه يُوقف من تركته ميراث إحداهما، لأن إحداهما زوجةٌ بيقين وإن جهلنا عينها، فكذلك ههنا.

والجواب عن هذا: أنَّا قد بينَّا فيما مضىٰ أن الوقفَ إنما يثبت إذا وقع الإشكال بعد اليقين، فيوقف رجاء أن يعود فِي العلم إلىٰ الحالة الأولىٰ، فأما إذا وقع الإشكال فِي الأصل، فإنا لا نوقف الأمر كما قلنا فِي الأخوين إذا ماتا تحت هدم أو غرق وإن علم الميت منهما أولًا ثم أشكل وقف الأمر حتىٰ يزول الإشكال، فإن لم يتعين الأول موتًا منهما لم يوقف الأمر، لأن الإشكال وقع فِي الأصل، وكذلك فِي الوليين إذا عقدا النكاحين، فإن تعين الأول منهما ثم أشكل وقفا، وإن لم يتعين وأشكل فِي الأصل انفسخ النكاحان.

ويفارق ما ذكره المُزنِي من مسألة الطلاق لأن السبب هناك تعين - وهو الزوجية - ثم وقع الإشكال، فوقفنا الميراث وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن الأمر أشكل فِي الأصل فلهذا لم يقف الميراث.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٤).

وقال المُزنِي أيضًا[١]: قول الشافعي: (يقرع بين الأولاد الثلاثة)؛ خطأ بيقين، لأن الأصغر حُرٌّ بيقين، وتقريرُ هذا أنه إن كان المقر به هو الأصغر فهو حر، وإن كان الأكبر أو الأوسط فالأوسطُ ولدُ أُمِّ الولد، فيعتق بموتها، فيكون حرًّا بيقين.

فالجوابُ عن هذا أن ذلك ليس بصحيح، لأنه يُحْتَمَلُ أن يكون الأصغر رقيقًا، لأنَّا قد بينا أن الأمة قد تكون مرهونة، فيستولدها الراهن وتباع فِي الدين، وذلك الولد حر، وتأتي بولد من زوج أو زنا ثم تعود إلىٰ الراهن فتستقر لها حرمة الحرية، فيكون الولد الثاني رقيقًا قنًّا، والولد الأول حر.

ويتصور ذلك أيضًا فِي موضع آخر، وهو أن يحبلها فِي ملك الغير بشبهة، ثم تأتي الجارية بعد ذلك بولد من زوج أو زنا فيكون مملوكًا ثم يشتريها ذلك الواطئ وتثبت لها حرمة أم الولد علىٰ أحد القولين، فيكون ولدها الأول حرًّا والآخران رقيقين، وإذا تصور ذلك بطل أن يكون الأصغر حرًّا بيقين.

واختلفت الرواية عن المُزنِي فيما اختاره من المذهب[٢] والميراث، فرُوِي[٣] عنه أنه لا يلحق من الأولاد الثلاثة به إلا واحدًا، فيكون الآخر المعروف النسب له نصف الميراث، ويوقف النصف الآخر للابن المجهول، ورُوِي عنه أنه قال: يلحق به الأصغر، ويوقف الأكبر والأوسط، لأنه يجوز أن يكونا ابنين له، لأن الأكبر إن كان هو الابن، فالأوسط والأصغر يلحقان به بالفراش، لأن الأمة بالوطء صارت فراشًا، وإن كان الابن هو الأوسط فهو والأصغر ابنان له، وإن كان هو الأصغر، فهو الابن

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٤).

(٢) يعني في النسب.

(٣) في (ص): «وروي».

دون الأكبر والأوسط فالأصغر ابن بيقين والأكبر والأوسط يجوز أن يكونا ابنين، ويجوز أن لا يكونا، فيجب أن يدفع إلىٰ الابن المعروف ربع الميراث ويدفع إلىٰ الصغير ربعه ويوقف النصف للأكبر[١] والأوسط.

وهذه الرواية مخالفة لمذهب الشافعي، لأنه ألحق الجميع به.

قال أبو إسحاق: هذا خطأٌ بيِّنٌ وخروجٌ عن قول الميت، لأنه لم يقر إلا بنسب واحد من الثلاثة، وأنكر ما قاله علىٰ ما صورنا فِي مسألة الراهن والواطئ بشبهة، فلم يَجُزْ أن يلحق به إلا واحد، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ أَنَّهُمْ لَا يَعْرِفُونَ لَهُ وَارِثًا غَيْرَ فُلَانٍ، إِذَا كَانُوا مِنْ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ الْبَاطِنَةِ)[٢]، إِلَى آخِرِ الْبَابِ.

وهذا كما قال.. إذا مات رجل فجاء رجل وادَّعىٰ أنه وارثه لم تسمع دعواه حتىٰ يبين أي وارث هو، لأنه يجوز أن يعتقد أنه وارث وليس بوارث عند الحاكم، كما قلنا: إن الشاهد يفسر سبب الجرح، لأنه يجوز أن يعتقده جرحًا وليس بجرح عند الحاكم، فإذا بيَّن[٣] ذلك، فقال «أنا أبوه» أو «أخوه»، فقد حرر الدعوىٰ، فتسمع منه، ولا يحكم بها، لقول النبي ﷺ: «**لو أعطي الناس بدعاواهم[٤] لادَّعى قومٌ دماء قوم وأموالهم**»[٥].

فإن أراد إقامة البينة علىٰ ذلك لم يسمع منه إلا شاهدان ذكران، ولا

---

(١) في (ص): «الأكبر».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٤).

(٣) في (ص): «تبين».

(٤) في (ص): «بدعاوتهم».

(٥) أخرجه البخاري (٤٥٥٢) ومسلم (١٧١١) من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، بنحوه.

يسمع منه شاهد وامرأتان، ولا شاهد ويمين، لأن النسب لا يثبت بذلك.

إذا ثبت هذا، فإن أقام شاهدين، يُنْظَرُ فيهما، فإن كانا من أهل الخبرة المتقادمة بالميت والمعرفة الباطنة، فإن شهدا أنه وارثه، لم تسمع تلك الشهادة، لأنه يجوز أن يعتقدا أنه وارث وليس بوارث.

فإن عيَّنا، وقالا: «نشهد أن هذا ابنه أو أخوه» فإن قالا: «لا نعلم له وارثًا غيره» حكم بتلك الشهادة، وقال ابن أبي ليلىٰ: لا نحكم بها حتىٰ يقولا: لا وارث له غيره، لأنهما إذا قالا: لا نعلم وارثًا له غيره، فما نفيا أن يكون له وارث آخر، لأنه قد يجوز أن يكون له وارث آخر، ولا يعلمانه، فعدم علمهما[1] به لا يخرجه عن أن يكون وارثًا.

وهذا غلط، لأنهما لا يمكنهما العلم بأنه لا وارث له غيره، وإن كانا أصدق صديقين له، لأنه يجوز أن يستولد امرأة ولا علم لهما بذلك؛ إذ كان لا بد أن يغيب عنهما ليلًا أو نهارًا.

وإذا لم يمكن الإحاطة بذلك كان معنىٰ قولهما: «لا وارث له غيره» أنا لا نعلم له وارثًا غيره، وإذا كان معناه هذا، فلا فرق بين أن يقول: لا وراث له غيره، أو: لا نعلم له وارثًا غيره.

وأما الذي ذكره، فالجوابُ عنه: أنهما إذا شهدا بأنهما لا يعلمان له وارثًا غيره كان الظاهر أنه: لا وارث له غيره، لأنه لو كان له وارث غيره لعلماه، لكونهما من أهل الخبرة به المتقادمة والمعرفة الباطنة، وإذا كان الظاهر ذلك، والإحاطة علىٰ وجه القطع لا تمكن؛ وجب الحكم بتلك الشهادة.

إذا ثبت هذا، وشهد أنه أبوه أو أخوه لا يعلم له وارثًا غيره، سلم إليه الميراث.

---

(١) في (ص)، (ف): «علمه».

وأما إذا لم يقولا «لا نعلم له وارثًا غيره» أو قالا «وبلغنا أن له وارثًا غيره»، أو لم يقولا ذلك، فإنه لا يحكم بتلك الشهادة لجواز أن يكون هناك وارثٌ غيره ولم ينفياه بشهادتهما وإن كان قالا «وبلغنا أن له وارثًا غيره»، فهذا أولىٰ أن لا يحكم به، وإن لم يكونا من أهل الخبرة المتقادمة فلا معرفة لهما بذلك؛ لأنه إنما يعرف ذلك من كان من أهل الخبرة المتقادمة فنفيها كلا نفي.

إذا ثبت هذا، فإنه يُنْظَرُ فِي حال هذا الوارث، فإن كان ممن له فرضٌ مقدر لا يحجب عنه مثل الزوجين؛ فإنه يعطىٰ حقه المتيقن، فيعطىٰ الزوج الربع عائلًا والمرأة ربع الثمن عائلًا؛ لأنه هو قدر اليقين.

وإن كان لا فرض له لم يعط شيئًا من المال، سواء كان ابنًا أو غيره؛ لأنه إن كان ابنًا فلا يعلم القدر الذي يستحقه، وإن كان أخًا فلا يدري هل هو وراث أو لا؟ ويوقف ويسأل الحاكم عن حال الميت فِي المواضع التي حضرها وأقامها ويستبحث عن حال وارثه مدة يعلم(١) فِي مثلها أنه لو كان له وارث لظهر.

فإن لم يظهر فماذا يعمل؟ إن كان ابنًا سلم المال إليه؛ لأنه وارث بيقين، وإن كان أخًا؛ قال أبو إسحاق: لم يسلم المال إليه؛ لأنه يحجب فلا يدرىٰ هل هو وارث أم لا، ومِن أصْحابِنا مَن قال يسلم المال إليه ، ويكون ذلك البحث فِي تلك المدة بمنزلة قول الشاهدين من أهل الخبرة المتقادمة: لا نعلم له وارثًا غيره، ولو قالا ذلك؛ سلم المال إليه ابنًا كان أو غيره، فكذلك ههنا.

وإذا سلَّم المال إليه فهل يؤخذ منه كفيل أم لا؟ ذكر الشافعي أنه يؤخذ

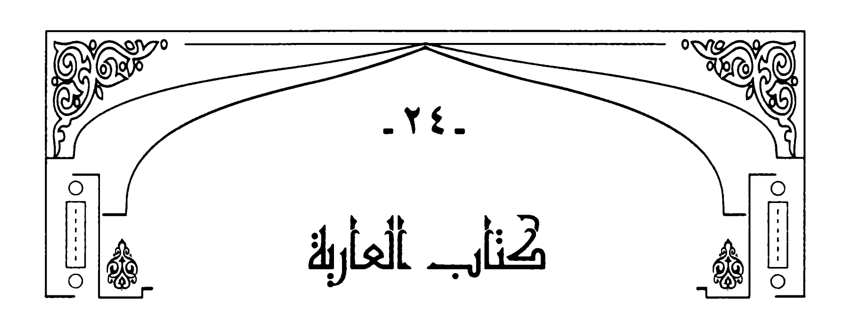
(١) في (ص): «العلم».

منه كفيل[١]، فمِن أصْحابِنا مَن قال علىٰ وجه الاحتياط، ومنهم من قال علىٰ وجه الإيجاب، والصحيح أنه علىٰ وجه الاحتياط، والله أعلم بالصواب.

يليه كتاب العارية

(١) الأم (٨/ ٢١٤).



الأصلُ في جواز العاريةِ: الكتابُ والسنةُ والإجماعُ، وحُكمُ العِبرة.

فأما الكتاب:

فقولُ الله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾، والعارية من البر، والأمر بالمعاونة عليه يدل علىٰ جوازه.

وأيضًا، قوله تعالىٰ: ﴿الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ ۝٦ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ واختلف فِي تفسيره، فقال أبو عبيد[1]: ﴿الْمَاعُونَ﴾: اسمٌ لكل منفعة وكل عطية، وأنشد للأعشىٰ[2]:

---

(١) وهكذا وقع في بحر المذهب (٦/ ٣٩١)، وفي الصحاح (٦/ ٢٢٠٥) أنه أبو عبيدة. يعني أنه معمر بن المثنىٰ، والله أعلم، والبيت في الإبانة في اللغة (٤/ ٣٠٩ - ٣١٠)، ولسان العرب (١٣/ ٤١٠)، وتاج العروس (٣٦/ ١٨١).

(٢) ميمون بن قيس بن جندل من بني قيس بن ثعلبة الوائلي، أبو بصير، المعروف بأعشىٰ قيس =

بِأَجْـــوَدَ مِنْـــهُ بِمَاعُونِـــهِ إِذَا مَـــا سَـــمَاؤُهُمْ لَـــمْ تَغِـــمْ

ورُوِي عن ابن عباس رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا أنه قال: ﴿ٱلْمَاعُونَ﴾: العواري[1]، وعن ابن مسعود رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ قال: العواري: القِدرُ والدلوُ والميزانُ[2]، وعن علي بن أبي طالب وعبد الله بن عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا قالا: الزكاة[3].

فإن قيل: لا يصح حمل الآية علىٰ غير الزكاة؛ لأن الله تعالىٰ توعد علىٰ منعها، ولو كان العواري لما ألحقه الوعيد علىٰ منعها؛ لأنها غير واجبة.

فالجوابُ: أن من لا يرىٰ العارية من خصال الخير، ولم يرغب فيها لثوابها؛ كان جائزًا أن يلحقه الوعيد علىٰ ذلك.

وأما السنة:

فما روىٰ أبو أُمامة أن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال فِي خطبته: «**العاريةُ مؤدَّاة**»[4].

وروىٰ أبو هريرة عن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال: «**ما مِن صاحِبِ إبل لا يؤدِّي حقَّها إلا جاءتْ يومَ القيامةِ أوفَرَ ما كانت، ويُبطحُ لها بقاع قَرْقَر، فتطأُه بأخفافِها، كلَّما نَفَد أُخراها عادتْ عليه أُولاها**» فقيل: يا رسول الله، فما حقُّها، قال: «**إعارةُ ذكرِها ومنحةُ لبنها وإقفارُ ظهرها**»[5].. يعني إعارتَه للركوب.

وروىٰ صفوان بن أمية أن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: استعار منه يوم حنين أدرعًا[6].

= ويقال له أعشىٰ بكر بن وائل، والأعشىٰ الكبير، والبيت في ديوانه (ص ١٩٩).

(١) أخرجه ابن أبي حاتم (١٩٤٩٥).

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (٩٠٠٥).

(٣) أخرجه عنهما ابن أبي حاتم (١٩٤٩٢).

(٤) أخرجه أحمد (٢٢٢٩٤) والترمذي (٢١٢٠).

(٥) أخرجه مسلم (٩٨٧).

(٦) أخرجه أحمد (١٥٣٠٢) وأبو داود (٣٥٦٢).

وأما الإجماعُ:

فلا خلافَ بين الأمة فِي جواز ذلك، وإنما اختلفوا فِي مسائل نذكرها بعدُ إن شاء الله.

وأما حُكم العِبرة:

فإنه لما جاز هبةُ الأعيان؛ جاز هبةُ المنافع، وهبةُ المنافع إعارةُ الأعيان، ولأنه لما صحَّت الوصيةُ بالمنفعة؛ صح التطوع بها علىٰ وجه العارية؛ لأن المقصودَ مِن ملكِ الأعيان الانتفاعُ بها، ولهذا لا يجوزُ أن تُتَملك عينٌ لا منفعة فيها مثل الفأرة والخنفساء، فإذا جاز بذل الأعيان للهبة؛ جاز بذل المنافع.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: (وَكُلُّ العَارِيَةِ مَضْمُونَةٌ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ، وَإِنْ تَلِفَتْ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ)[١].

وهذا كما قال.. اختلف الناسُ فِي العارية هل هي مضمونة أو أمانة؟

فقال الشافعي: هي مضمونة سواء شرط ضمانها أو لم يشرط تعدىٰ فيها أو لم يتعد، وروي ذلك عن ابن عباس، وأبي هريرة[٢]، وعطاء، وبه قال أحمد، وإسحاق.

وقال الشعبي والنخعي والحسن البصري وأبو حنيفة ومالك: هي أمانة.

وقال قتادة وعبيد الله بن الحسن العنبري: إن شرط ضمانها؛ كانت

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٥).

(٢) أخرج ابن أبي شيبة (٢٠٩٣٠) أن ابن عباس كان يضمن العارية، وأخرج عبد الرزاق (١٤٧٩٢) أن ابن عباس وأبا هريرة قالا: «العارية تغرم».

مضمونة، وإن لم يشرط ضمانها، لم تكن مضمونة[١].

وقال ربيعة: كلُّ العواري مضمونة إلا موت الحيوان، فإنه إذا استعاره ثم مات فِي يده لم يضمنه؛ لأنه لا يمكنُ الاحتِرازُ من موته[٢].

ومعظمُ الخلاف، إنما هو مع أبي حنيفة ومالك.

واحتج من نصرهما بما روىٰ عَمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن النبي ﷺ قال: «**ليس على المُستعير غير المُغِلِّ ضمان**»[٣].

قالوا: ولأنه أخذ ملك غيره بإذنه لا علىٰ وجه البدل والوثيقة؛ فوجب أن تكون أمانة. الدليلُ عليه: الوديعة.. **وأيضًا**، فإن ما لا تكونُ أجزاؤه مضمونة لم تكن جملتُه مضمونة قياسًا علىٰ الشيء المستأجر.

ودليلنا: ما رُوِي عن النبي ﷺ قال: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**»[٤].

فإن قيل: معناه علىٰ اليد أن ترد ما أخذتْ، وردُّ المأخوذ واجب، **فالجوابُ**: أن الرد استفدناه من قوله «حتىٰ تؤديه»، فوجب أن يحمل قوله: «علىٰ اليد» علىٰ الضمان.

فإن قيل: نحمله علىٰ اليدِ حفظُ ما أخذتْ حتىٰ ترده، **فالجوابُ**: أن ما وجب ردُّه لا يجب حفظه.

فإن قيل: نقول علىٰ اليد مؤونة حمله، **فالجوابُ**: أنا نحمله عليهما جميعًا لعمومه، **وأيضًا**، روىٰ أبو أمامة عن النبي ﷺ قال: «**العارية مؤداة**»[٥]

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (٤/ ١٨٥).

(٢) الأوسط لابن المنذر (١١/ ٣٥٦).

(٣) أخرجه الدارقطني (٢٩٦١) والبيهقي (٢١٢٢) وسيأتي تضعيف المصنف له.

(٤) أخرجه أحمد (٢٠٠٨٦)، وابن ماجه (٢٣٩١) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه.

(٥) أخرجه أحمد (٢٢٢٩٤) والترمذي (٢١٢٠).

فإن قيل: معناه مردودة؛ **قيل**: نحمله عليهما، فتكون مؤداة القيمة ومردودة العين إن لم تتلف.

وأيضًا، روىٰ صفوانُ بنُ أمية أن النبيَّ ﷺ استعار منه يوم حُنين أدرعًا وسلاحًا، فقال: أغصبًا يا محمد، قال: «**لا، بل عاريةٌ مضمونةٌ**»[١] ويزيد أصحابنا فيه «مؤداة»[٢] وهذا نص.

فإن قيل: إنما ضمن؛ لأنه ﷺ شرط الضمان.

فالجوابُ: أن ما كان غير مضمون بالشرع لم يكن مضمونًا بالشرط كالوديعة وسائر الأمانات.

فإن قيل: مضمونة الرد.

فالجوابُ من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه ذكر فيه «مؤداة» والمراد به تأدية الرد، فيكون قوله «مضمونة» محمولًا علىٰ ضمان القيمة، وإذا حملت المؤداة علىٰ الرد، والمضمونة علىٰ الرد؛ كان ذلك تكرارًا.

والثاني: أنه يحتملُ الأمرين فنحمله عليهما.

والثالث: أن إطلاقَ الضمان ظاهره يرجع إلىٰ ضمان القيمة، وإذا كان كذلك؛ وجب أن يرجع الإطلاق إليه دون غيره.

فإن قيل: يجوزُ أن يكونَ أخذها بغير إذنه، فتكون مضمونة.

فالجوابُ: أن أخذها بغير إذنه لا يكونُ استعارةً وإذا سماه النبيُّ ﷺ عارية؛ وجب أن يكونَ الأخذُ بالإذن.

---

(١) أخرجه أحمد (١٥٣٠٢).

(٢) أخرجه النسائي (٥٧٤٤) والدارقطني (٢٩٥٤).

فإن قيل: كان السلاحُ لأهل مكة، ولم يكن لصفوان؛ فلذلك ضمن.

فالجوابُ أن هذا غير صحيح؛ لأنه روي أن النبي ﷺ استعار من صفوان سلاحه، والإضافةُ تقتضي أن يكون له؛ لأنه لو كان لأهل مكة لم ينسب إلىٰ صفوان، فلما نُقِل فِي الخبر أن النبي ﷺ استعار من صفوان دلَّ علىٰ أن ذلك كان له.

فإن قيل: روي أن النبي ﷺ قال لصفوان - وقد فقد منها درعًا - : «**إن شئتَ غرِمْناها لك**» فقال: إني أرغب فِي الإسلام اليوم[1]، فلو كانت العارية مضمونةً لكان ضامنًا لها من غير أن يستأذنه فِي الغرامة.

فالجوابُ أن هذا هو الحجةُ عليكم؛ لأن ما كان أمانةً لا يجب غرْمُه إن تلف؛ لأن الغرامة لا تُستعمل إلا فِي الغرامة الواجبة.

فأما ما يتطوع به الإنسانُ فلا يكون غرمًا، ومعنىٰ قوله ﷺ: «**إن شئت غرِمْناها لك**» أنَّ أخْذَ الغرامة إلىٰ اختيارك؛ لأن من وجبتْ له الغرامة، فإنما يعطاها إذا طلبها، وإذا تركها؛ لم يُجبر علىٰ قبضها.

ويدل عليه أيضًا ما روىٰ أنس بن مالك رضي الله عنه أن امرأة استعارت قصعة من بعض أزواج النبي ﷺ فهلكتْ فِي يدها فغرمها رسول الله ﷺ[2]، ورُوِي عن ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهما قالا: العارية مضمونة[3]، ولا يُعرف لهما مخالف.

فإن قيل: رُوِي عن شريح أنه قال: العارية أمانة[4]

---

(١) أخرجه النسائي (٥٧٧٨) والطحاوي (٤٤٥٤) والبيهقي (١١٢٥٩).
(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٨٢٨٠)، وأخرجه البخاري (٢٤٨١) بنحوه.
(٣) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١١٩٦٧).
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٩٣٧، ٢٠٩٣٨)

قيل: خلاف التابعي لا يعتد به علىٰ أحد القولين، فلم يقدح فيما ذكرناه.

ومن جهة المعنىٰ أن من ضمن مئونة اليد؛ ضمن بدله باليد، أصله: المغصوب.

ولا يدخلُ عليه إذا أخذ صبيًّا حرًّا فحمله إلىٰ موضع بعيد؛ لأن المذهب فيه أنه لا يجب عليه الردُّ إلىٰ الموضع الذي أخذه منه؛ لأنه ما ثبت له عليه يد، وإنما يجب عليه الردُّ إذا ثبتت يدُه عليه، ويكون علىٰ الولي ردُّه وحمْلُه إلىٰ موضعه حتىٰ لو طرحه فِي بئر لم يجب عليه إخراجُه وردُّه، وإنما يجب ذلك علىٰ وليه، فلا يدخل ذلك علىٰ ما قلناه.

ولا تدخلُ عليه الوديعة؛ لأن ردَّها غير واجب عليه، وإنما يلزمه رفع يده عنها، وتمكين صاحبها من استرجاعها، وأما العاريةُ فعليه ردُّها إلىٰ صاحبها كما أخذها إذا طالبه بها.

وأيضًا، أَخَذَ ملكَ غيره لمنفعة نفسه منفردًا بها من غير أن يتقدمه استحقاق، ولا إذنَ فِي الإتلاف؛ فوجب أن يكونَ مضمونًا كالغصب وإذا أخذ سلعة للسوم.

فإن قيل: يُنتقض بالهبة، فإنه يأخذ ملك غيره لمنفعة نفسه، ولا يجبُ عليه الضمانُ إذا تلفت فِي يده.

فالجوابُ: أنا قد احترزنا عنه بقولنا (أَخَذَ ملك غيره) وذلك أَخَذَ ملك نفسه.

وقولنا: (لمنفعة نفسه منفردًا بها) احتِراز من الوديعة ومن المستأجر؛ لأن المودع لا ينتفع بالوديعة والمستأجر لا ينفرد بالمنفعة، بل المنفعةُ مشتركةٌ بينه وبين المؤاجر، مع أن عظم المنفعة للمؤاجر؛ لأن الأُجْرة تتعجل له، وهو احتِرازٌ من الرهن أيضًا؛ لأن المرتهن لا ينفرد بمنفعة الرهن.

وقولنا: (من غير أن يتقدمه استحقاق) احتِرازٌ من الموصىٰ له بمنفعة عبد فإن العبد غير مضمون عليه برقبته إذا قبضه لاستيفاء منافعه.

وقولنا: (ولا إذن له فِي الإتلاف) احتِرازٌ من رجل دفع إلىٰ رجل طعامًا ليأكله فتلف فِي يده فلا ضمان عليه، ومن الأجزاء فإنه مأذون له فِي إتلافها.

فأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بحديث عمرو بن شعيب، فهو أن راويه (عمرو بن عبد الجبار، عن عبيدة بن حسان)[١]، وهما ضعيفان[٢]، ولو ثبت حملناه علىٰ ضمان المنافع؛ لأنه لا يجبُ عليه ضمانُها إلا أن يكون مغلًا وهو أن يجور فيها ويتعدىٰ.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الوديعةِ، فهو أنه منتقضٌ به إذا أخذه علىٰ وجه السَّوم، فإنه أخذه لا علىٰ وجهِ البدل والوثيقة وهو مضمونٌ عليه.

فإن قيل: قد احترزنا منه بقولنا: (لا علىٰ وجه البدل) وما أخذه للمساومة فإنما أخذه ليدفع إليه بدله إن صلح له، **فالجوابُ** أنه[٣] أخذه؛ لينظر هل يصلح[٤] له فيشتريه، أو لا يصلح له فيرده؟ وإنما يصير لأخذ البدل بعقد الشراء بعده، فكان ترك هذا الاحتِراز أولىٰ مِن ذِكرِهِ، ولأنَّا نقلبُ، فنقول: فوجب أن يكون الضمان علىٰ من له معظم المنفعة.

ثم المعنىٰ فِي الوديعة أن منفعتها للمودع فتلفها من ضمانه، وليس كذلك العارية، فإن منفعتها للمستعير وليس للمعير إلا الثواب، ولأن

---

(١) في (ص): «عمرو بن الجبار بن عبيدة بن حسان»، وفي (ف): «عمرو بن شعيب الجبار بن عبيدة بن حسان» وهو تحريف، وصوابه: «عمرو بن عبد الجبار ، عن عبيدة بن حسان».

(٢) عمرو بن عبد الجبار أبو معاوية السنجاري، ينظر: ميزان الاعتدال (٣/ ٢٧١)، وأما عبيدة بن حسان فهو العنبري، ينظر: المجروحين لابن حبان (٢/ ١٨٩).

(٣) في (ص، ف): «أن».

(٤) في (ص): يصح.

الغاصب لو أودع العين المغصوبة فتلفت وضمنها المودع؛ رجع علىٰ الغاصب بما ضمن، ولو كان الغاصب أعار العين المغصوبة فتلفت وضمنها المستعير لم يرجع علىٰ الغاصب بما ضمن، فإذا فرَّق أبو حنيفة بينهما فِي هذا جاز أن يفترقا فِي مسألتنا.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الأجزاء، فهو أن أجزاء العارية قد أَذِن له فِي إتلافها، فلهذا لم يضمنها، ولو أنه أَذِن له فِي إتلاف العين كلها لم يضمنها، وهاهنا العينُ لم يأذن له فِي إتلافها فضمنها، ثم المعنىٰ فِي المستأجر أنه مستحق للتسليم علىٰ صاحبه بعقد سابق فهو كالعبد الموصىٰ بمنفعته علىٰ ما مضىٰ بيانه، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

وأما قتادةُ وعبيدُ الله[1] بن الحسن، فإنهما ذهبا إلى أن المُستعير إن شرط ضمانها ضمنها، وإن لم يشترط؛ لم يضمن.

واحتج من نصرهما بما روي أن النبي ﷺ قال لصفوان حين استعار سلاحه: «**بل عاريةٌ مضمونةٌ مؤدَّاة**»[2] فشرط الضمان فيها، فدل علىٰ أن الضمان يتعلق بالشرط.

ودليلُنا ما استدللنا به علىٰ أبي حنيفة، ونقيسُ علىٰ العارية إذا شرط ضمانها.

واستدلالٌ - ذكره الشافعي - وهو أن أصولَ الشرع مبنيةٌ علىٰ أن (ما لم يكن)[3] مضمونًا بالشرع لم يصِرْ مضمونًا بالشرط كالمبيع بيعًا فاسدًا،

---

(١) في (ص): «عبد الله»، وهو تصحيف

(٢) أخرجه أحمد (١٥٣٠٢).

(٣) في (ص)، (ف): «ما كان»، وهو تحريف ظاهر.

وكالمغصوب[١] والوديعة لمَّا لم تكن مضمونةً بالشرع؛ لم تصِرْ مضمونة بالشرط، وكذلك مالُ المضاربة والشركة، فلما أجمعنا علىٰ أن العارية لا تضمن إذا أُطلقت فكذلك وإن قُيدت بالضمان.

وأما الخبرُ الذي ذكروه فلا حجة فيه؛ لأنه ذَكَر لفظ الضمان علىٰ وجه الإخبار عن صفة العارية لا علىٰ وجه الشرط كما ذكر لفظ التأدية علىٰ وجه الإخبار عن صفتها لا علىٰ وجه الشرط، لأن الردَّ والأداءَ يجبُ شُرِطَ أو لم يُشْرَطْ كما قال الله تعالىٰ: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ فذكر القبض إخبارًا به عن صفة الرهن لا أنه شرط فيه، وإذا ثبت أنه صفة لها، وليس بشرط؛ بطل احتجاجُهُم به.

وأما اعتلالُ ربيعة[٢] فِي أن الحيوان لا يضمن إذا مات بأنه لا يمكن الاحتِراز من موته، فغير صحيح؛ لأن ما نقب اللصوص عليه حتىٰ أخذوه، لا يمكن الاحتِراز من أخذهم له بأكثر من وضعه فِي الحرز الذي نقب عليه، فالحيوان وغيره فِي ذلك سواء، وإذا ضمن أحدهما[٣]؛ وجب أن يضمن الآخر.

• فَصۡلٌ •

إذا ثبت ما ذكرناه فمتى استعار شيئًا وقبضه؛ كان له الانتفاعُ به، فإن رده بعينه لم ينقص بالاستعمال من أجزائه شيئًا؛ فلا شيء عليه فِي مقابلة ما انتفع به؛ لأن المعيرَ أَذِن له فِي إتلافِ منافِعِه بالانتفاع به وما أذن له فِي إتلافه؛ فلا يستحقُّ عليه البدل فِي مقابلته.

---

(١) في (ص): «كالغصوب».

(٢) ينظر: الأوسط (١١/ ٣٥٦).

(٣) في (ص): «أحدها».

وإن كان قد نقص بعضُ أجزائها بالاستعمال كالمِنْشفة يذهبُ خِملُها بالاستعمال فلا أُجْرة عليه لما ذكرنا، ولا أرْشَ عليه فِي مقابلة ما ذهب من الأجزاء؛ لأن إذنه فِي الاستعمال إذنٌ منه فِي إتلاف تلك الأجزاء؛ لأن العادة أن الثوب أو غيره إذا استُعمل ذهبت جِدَته ونقصتْ أجزاؤه وخفَّ بالبلىٰ.

وإذا كان الاستعمالُ متضمنًا لذلك فِي العادة الغالبة؛ كان الإذن فيه إذنًا فيما يتضمنه، وإن كان ذلك إذنًا فيه لم يلزمه ضمانُ ما أذن له فِي إتلافه، ولهذا التعليل لم يلزمه أُجْرة المنافع؛ لأنه أذن له فِي إتلافها بالاستعمال.

هذا إذا ردَّها، فأما إذا تلفت، نُظِر، فإن تلفتْ قبل أن ينقص من أجزائها شيءٌ قُوِّمَتْ عليه بأجزائها.

فإن قيل تلك الأجزاء مأذونٌ له فِي إتلافها فِي الجملة فإذا تلفتْ وجب أن لا يلزمه الضمان؛ لأن كلَّ ما أذن له فِي إتلافه، فسواء أتلفه أو تلف بنفسه فِي يده، فلا ضمان عليه فِي مقابلته، وربما قدح أصحابُ أبي حنيفة فِي مسألة العارية لهذا الفصل، فقالوا: الأجزاء لا تضمن، فكذلك العين.

فإن قلنا: لأنه أذن له فِي إتلاف الأجزاء ولم يأذن له فِي إتلاف العين.

قالوا: لو كان لأجل الإذن فِي الإتلاف لوجب إذا تلفت العاريةُ قبل أن يذهب جزءٌ من أجزائها أن لا يضمنها بأجزائها؛ لأن علىٰ مقتضىٰ قولكم أن تلك الأجزاء مأذونٌ له فِي إتلافها، وما أذن له فِي إتلافها؛ لا يلزمُه ضمانُه أتلفه هو أو تلف بنفسه.

فالجوابُ عن هذا أن نقول: إنما ألزمناه ضمانَ تلك الأجزاء ومقتضىٰ قولنا: لا يلزمه؛ لأنه لا يتميزُ عن العين التي يجب ضمانُها؛ لأن ذلك إنما يتميز بالاستعمال، فإذا تلف قبله لم تكن معرفةُ مقدار ما يذهب منه أن لو استعمل، فلما تعذَّر معرفةُ ذلك، وكانت الأجزاءُ من جملة العين المستعارة

دخلت فِي جملتها فِي الضمان فلزمه ضمانُ الجميع، وإذا تميزت لم يلزم ضمان الجميع، كما قلتم أنتم فِي الحَمْلِ أنه يضمن مع الأم قبل الانفصال، فإذا غصب بهيمةً حاملًا فتلفتْ فِي يد الغاصب قوِّمت عليه حاملًا، وإن انفصل الولدُ وتلف وتلفت البهيمة، لزم ضمان البهيمة دون الولد، وكان المعنىٰ الذي فرَّقتم به بين الحالين هذا الذي ذكرنا وأنه إذا كان متصلًا[1] لم يُمْكن معرفةُ مقداره، وإذا كان منفصلًا أمكن، لأنه تميز، فكذلك نقول فِي مسألتنا.

فأما إذا تلفت بعد ذهاب الأجزاء، وجب عليه ضمانُ القيمة، وقد اختلف أصحابُنا فِي وقت التقويم فمِنهُم مَن قال: تجبُ قيمتُها وقتَ التلف، ومِنهُم مَن قال: تجبُ قيمتُها وقتَ القبض؛ لأنها لو تلفت فِي الحال وجب ضمانُها، وهذا ليس بصحيح؛ لأن ما ذهب من الأجزاء غير مضمون، فإذا ألزمناه قيمتها وقت القبض اقتضىٰ ذلك إيجاب ضمان الأجزاء التي ذهبت بالاستعمال المأذون فيه.

ويفارق المغصوبَ؛ لأن الغاصبَ مخاطبٌ بردِّها كلَّ وقت وهو متعدٍّ بإمساكها، وليس كذلك المستعير؛ لأنه غيرُ مخاطب بالرد فِي تلك الأحوال وغير متعدٍّ بإمساكه، فلهذا فرقنا بينهما.

• فَصْلٌ •

إذا ردَّ العاريةَ على صاحبِها أو وكيله، برئ من الضمان، وإن ردَّها إلى ملكه مثل أن تكون دابة، فيردها إلى إصطبل صاحبها ويشدها فيه، لم يبرأ من الضمان.

وقال أبو حنيفة: يبرأ؛ لأن العادة هكذا جرت فِي ردِّ العواري إلىٰ أملاك

---

(١) في (ص)، (ف): «منفصلا»، وهو تصحيف.

المعيرين فتكون بمنزلة المأذون من طريق العادة.

وهذا غلط؛ لأنه ما أداها إلىٰ صاحبها ولا إلىٰ من يقوم مقامه، فلم يزل عنه الضمان، كما لو ردها علىٰ الأجنبي، ولأن السارق إذا رد المال المسروق إلىٰ الحرز الذي أخذه منه لم يزل عنه الضمان فكذلك ها هنا، بل السارقُ أولىٰ أن يبرأ بذلك الرد؛ لأنه لا يمكنه إظهار الرد لما يتخوف من عقوبة السرقة، والمستعيرُ لا يخاف شيئًا من ردِّ العارية.

والذي ذكره أبو حنيفة غير صحيح؛ لأنه يبطلُ بالسرقة إذا ردَّها السارقُ إلىٰ الحرز؛ لأن العادة فيمن رد منهم المسروق جارية علىٰ ذلك، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ رَبُّ الدَّابَّةِ «أَكْرَيْتُكهَا إِلَى مَوْضِعِ كَذَا وَكَذَا»، وَقَالَ الرَّاكِبُ «بَلْ عَارِيَةٌ»، كان الْقَوْلُ قَوْلَ الرَّاكِبِ مَعَ يَمِينِهِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا اختلف صاحبُ الدابة والراكبُ، فقال الراكب «أعرتنيها»، وقال صاحبُها «أكريتُكها بكذا»، فقد ذكر الشافعي أن القولَ قولُ الراكب، وقال فِي «كتاب المزارعة»[2]: إذا اختلف الزارعُ وصاحبُ الأرض فادَّعىٰ الزارع العارية وادَّعىٰ صاحبها الكراء فالقولُ قولُ صاحبها[3].

واختلف أصحابُنا فِي ذلك فقال أبو إسحاق وغيره: إن المسألتين علىٰ قولين **أحدهما**: القولُ قولُ الزارع والراكب، **والثاني**: القولُ قولُ صاحبهما.

ومِن أصْحابِنا مَن حملهما علىٰ ظاهرهما، وفرَّق بينهما بأن العادةَ جاريةٌ بإعارةِ الدوابِّ للركوب، فالعادةُ تشهدُ للراكب بتقدم قوله، ولا عادة فِي

---

(1) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٥).
(2) الأم (٤/ ٢٢).
(3) نقله بحر المذهب (٦/ ٤٠٠).

إعارةِ الأرض للزراعة، وإنما العادة إجارتُها، فكان الظاهر مع صاحبها فِي ذلك، وهذا الفرقُ يخالفُ أصولَ الشافعِيِّ؛ لأن عنده إذا اختلف العطَّارُ والدبَّاغُ فِي آلة الدِّباغ لم يُقَدَّم قولُ الدَّباغ، أو كان الاختلاف فِي آلة العطَّار لم يُقَدَّم قول العطَّار، وإنما يتساويان فِي ذلك، ولا تُعتبر العادة، وعلىٰ أن العادة فِي إعارةِ الدوابِّ وإكرائها واحدة، فكما تعارُ الدوابُّ تكرىٰ، بل اكتِراؤها أكثرُ من إعارتِها، فإذا لم يُقَدم قول صاحبها لم يُؤَخر أيضًا، والأولىٰ من الطريقين أصح، وهي أن المسألتين كل واحدة منهما علىٰ قولين.

فإذا قلنا: إن القولَ قولُ الزارع والراكب - وهو اختيار المُزنِي - فوجهه أنهما اتفقا علىٰ أن المنافع حصلت ملكًا لمن يدعي العارية، وتلفت علىٰ ملكه؛ لأن العارية تملك المنافع كالإجارةِ غير أن الملك بالإجارةِ يحصُلُ بيقين العقد وفِي العارية يحصلُ بالعقد والتسليم، وإذا اتفقا علىٰ أن المنافع تلفت علىٰ ملكه كان صاحبُ الدابة والأرض مدعيين للعوض فِي مقابلة ما تلف علىٰ ملكه، والأصلُ أنه لا يلزمه العوضُ فِي مقابلة ذلك فقدم لأجله.

وإذا قلنا: إن القولَ قولُ صاحبهما، فلأن المنافع تجري مجرىٰ الأعيان، وقد ثبت أنهما لو اختلفا فِي عين من أعيان ماله فادَّعىٰ عليه أنه أعطاه إياها هبة وأنكر صاحبُها ذلك، وزعم أنه أعطاه إياها بيعًا - أن القولَ قولُ صاحبها، فكذلك إذا حصلت المنافعُ فِي يده وادَّعىٰ انتقالها إليه بلا عوض وأنكر صاحبها ذلك؛ وجب أن يكون القولُ قولَه فيه، ولأنه إذا أقر له بملك العين وادَّعىٰ أن منافعها له بعقد إجارةٍ أو غير ذلك؛ كان القولُ قولَ صاحب العين، فكذلك هاهنا.

إذا تقرر هذا فإن قلنا إن القولَ قولُ الراكب والزارع فإن حلف أسقط

الدعوىٰ وإن نَكَلَ رُدَّت اليمينُ علىٰ صاحبها، فإذا حلف؛ حُكم له بالأُجْرة المسماة؛ لأن اليمين مع النكول إما إن تكون إقرارًا أو تكون بينة وأيهما كانت وجب تسليم المسمىٰ؛ لأنه لو أقر بذلك أو أقام البينة؛ لزمه.

وإذا قلنا: إن القولَ قولُ صاحبها، فإن لم يحلف ونَكَلَ سَقَطَ حقُّه ولا ترد اليمين علىٰ الراكب والزارع؛ لأنه ليس يدعي شيئًا فإذا لم يحلف المدعي سقطت دعواه كالمدعي إذا رُدت عليه اليمين فلم يحلف فإنه ينصرف؛ لأنه ترك حقَّه فكذلك هاهنا.

وإن حَلَفَ فهل يستحقُّ عوض المثل أو المسمىٰ الذي ادعاه؟ فيه وجهان؛ أحدهما: المسمىٰ؛ لأنه ادعاه، وحلف عليه والثاني: عوض المثل؛ لأن المسمىٰ لا يثبتُ بيمينه من غير نكول صاحبه كما لو تحالف المتبايعان وحلفا لم يجب المسمىٰ، وإنما تجب القيمة إن كان المبيع تالفًا، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا إذا اختلفا والدابة باقيةٌ لم تتلف، وكان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها أُجْرة، فأما إذا كان ذلك قبل مُضِي مدة لمثلها أُجْرة وهو إذا اختلفا عَقِيب تسليم الدابة، فإن صاحبها يدَّعي عليه عقدًا وهو ينكره، وكان القولُ قولَه فيه؛ لأن الأصلَ عدمُه كما لو قال «بعتُك هذا الشيء» وقال «ما اشتريتُه منك»، فإن القولَ فِي ذلك قولُه كذلك هاهنا.

فإذا حلف سقطت دعواه، وكان له أن يرد الدابة، وكان له أن يسترجعها منه.

فأما إذا كانت الدابة تالفةً، فإنه يُنْظر، فإن كانت تلفتْ عقيب الأخذ قبل أن تمضي مدة لمثلها أُجْرة، فلا معنىٰ لدعوىٰ صاحبها؛ لأنه يدعي إجارةً، وقد بطلتْ قبل أن يستقر عليه شيء من الأُجْرة.

وأما الراكبُ، فهو مقر له بقيمة الدابة - وهو لا يدعيها - فلا معنىٰ لدعوىٰ أحدهما وإقرار الآخر وينصرفان.

وإن كان ذلك بعد مضي المدة التي يدعيها بالإجارةِ فهو يدعي عليه أُجْرة تلك المدة والراكب يقر له بقيمة الدابة، فمِن أصْحابِنا مَن قال: إن كانت القيمةُ بقدر الأُجْرة؛ سلمت إليه، وانفصل الأمر بينهما؛ لأنه يقر له بالمقدار الذي يدعيه، وإنما يدعي استحقاقه بجهة أخرىٰ وذلك لا اعتبار به.

وإن كانت الأُجْرة أكثر من القيمة؛ سلم إليه مقدار القيمة.

وأما القدْرُ الذي بقي من الأُجْرة، فعلىٰ الطريقين[١] اللذين عليهما أصحابنا:

فمِنهُم مَن قال: علىٰ قولين؛ أحدهما: يكون القولُ قولَ صاحبها مع يمينه، والثاني: يكون فيه القولُ قولَ الراكب؛ لأن ذلك الفاضلَ عوضٌ فِي مقابلة المنفعة التي تلفت علىٰ ملك الراكب باتفاقهما فهو كالأُجْرة مع قيام الدابة وبقائها.

ومِنهُم مَن قال: هما جهتان مختلفتان؛ لأن أحدهما يدعي أُجْرة، والآخر يقر له بقيمة فالمسألة فِي كل الأُجْرة علىٰ الطريقين، مِنهُم مَن قال: علىٰ القولين، ومِنهُم مَن قال: علىٰ قول واحد.

وإن كان الاختلافُ بعد مُضي بعضِ المدة؛ فقد انفسخ العقدُ فيما بقي ويكون الحكمُ فيما مضىٰ، ثم إن الحكم فِي المدة التي مضت مِن أصْحابِنا مَن قال: إن كانت الأُجْرة بقدر القيمة سلمت إليه القيمة، وإن كانت أكبر؛ سلم إليه قدر القيمة، والباقي علىٰ الطريقين، ومِنهُم مَن قال: جملتُه علىٰ الطريقين علىٰ ما فصَّلناه.

---

(١) في (ص): «طريقين».

هذا الكلامُ فيه إذا ادَّعى صاحبُها الإجارةَ وادَّعى الراكبُ الإعارةَ، فأما إذا كان بخلاف ذلك، فادَّعىٰ صاحبُها الإعارةَ، وادَّعىٰ الراكبُ الإجارةَ لم يَخْلُ إما أن تكون الدابة تالفة أو باقية فإن كانت باقية وكان الاختلاف عقيب الأخذ قبل مضي مدة لمثلها أُجْرة، فإن الراكب يدعي علىٰ صاحبها عقدًا فيكون القولُ قولَه كما لو قال «بعتني مالك هذا»، وأنكر؛ كان القولُ قولَه، فإذا حلف أسقط دعواه، وكان له استرجاع الدابة.

وإن كان بعد مضي المدة فلا معنىٰ لهذه الدعوىٰ؛ لأن الراكبَ لا يدعي حقًّا مستأنفًا وهو مقر له بالأُجْرة، وصاحبها لا يدعيها، فله استرجاع دابته، وعليه ردُّها.

وإن كان ذلك بعد مضي بعض المدة، فهو يدَّعي حقَّ الإمساك بقية مدة الإجارةِ التي يدعيها فالقولُ قولُ صاحبها؛ لأنه يدعي عليه الاستحقاق فِي تلك المدة، وهو ينكر ذلك العقد فيحلف وتسقطُ دعواه، وأما الذي مضىٰ فهو مقرٌّ له ببدل فِي مقابلته، وهو لا يدعيه فلا معنىٰ لإقراره.

وأما إذا كانت الدابةُ تالفةً، فإن كانت تلفت عقيب الأخذ قبل أن يمضي مدة لمثلها أُجْرة، فصاحبُها يدعي أن عليه ضمان القيمة؛ لأنها عارية، والراكبُ يدعي أنها كانت مستأجرة فتلفت وهي أمانة فلا قيمة عليه ولا أُجْرة؛ لأنه ما مضىٰ شيء من المدة، فيكون القولُ قولَ صاحبها مع يمينه؛ لأنه أخذها عارية وهو مُدَّع لسقوط ذلك؛ فعليه البينة.

وإنما جعلنا القولَ قولَ صاحبها؛ لأن الأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان؛ لقوله ﷺ: «**على اليدِ ما أخذتْ حتى تؤدِّي**»[١].

وإذا كان الأصل ذلك؛ فهو مدَّعٍ للبراءة من ذلك الضمان، فعليه إقامة

---

(١) أخرجه أحمد (٢٠٠٨٦)، وابن ماجه (٢٣٩١) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه.

البينة علىٰ تلك البراءة، فإن كان ذلك بعد مضي المدة؛ فهو يدعي القيمة وهو مقر له بالأُجْرة.

فمِن أصْحابِنا مَن قال: يسلم إليه[1] مقدار الأُجْرة، فإن كانت القيمةُ بقدرها فقد استوفىٰ حقَّه، وإن كانت أكثر فالقولُ قولُه فيما فضل من القيمة، والتعليلُ ما ذكرناه، وهو أن الأصلَ الضمانُ، وهو مدَّعٍ للبراءة.

ومِنهُم مَن قال: هما جهتان مختلفتان، فلا يَصْرِف ما ثبت فِي أحدهما إلىٰ الأخرىٰ، ويكون القولُ قولَ صاحبها فِي جميع القيمة كما ذكرنا كما لو كان التلفُ عَقِيب الأخذ قبل مضي مدة لمثلها أُجْرة.

وأما إذا كان التلفُ فِي أثناء المدة فإن كانت أُجْرة ما مضىٰ بقدر القيمة فمِن أصْحابِنا مَن قال: يعطاه وينفصلُ الأمر، وإن كانت أقلَّ من ذلك فالقولُ قولُ صاحبها فِي الفاضل، ومِن أصْحابِنا مَن قال: يكونُ القولُ قولَه فِي جميع القيمة لاختلاف الجهتين.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ «أَعَرْتَنِيهَا»، وَقَالَ رَبُّهَا «غَصَبْتَنِيهَا»، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَعِيرِ)[2].

وهذا كما قال.. إذا اختلفا فقال صاحبُ الدابة: «غصبتنيها»، وقال الراكبُ: «بل أعرتنيها»، وكانت الدابة قائمة، فقد نقل المُزنِي أن حكم هذه كحكم تلك، وأن القولَ فيها قولُ المستعير، وقد اختلف أصحابنا فِي ذلك:

فمِنهُم مَن قال: هذه المسألةُ والتي قبلها سواءٌ فيكون علىٰ الطريقين،

(١) ليس في (ص).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٥).

مِنهُم مَن قال: علىٰ قولين؛ **أحدهما**: القولُ قولُ صاحبها، **والثاني**: القولُ قولُ الراكب، ومِنهُم مَن قال: علىٰ قول واحدٍ أن القولَ قولُ المستعير علىٰ ما مضىٰ، وذهب أبو إسحاق وغيره من أصحابنا إلىٰ أن الجواب فِي هذه المسألة مرجوعٌ عنه، والقولُ فِي هذه المسألة قولُ صاحبها قولًا واحدًا[١].

وتفارق هذه المسألة تلك المسألة؛ لأن فِي تلك المسألة اتفقا علىٰ أن المنافع تلفت فِي يد الراكب علىٰ ملكه، وصاحبُها يدعي عليه عوضًا فِي مقابلة ذلك، وهذه المسألة ما وافقه صاحبُه علىٰ أنها تلفت علىٰ ملك الراكب؛ لأنه يدعي أنه متعدٍّ فِي قبضها، وإتلاف المنافع، وهو يدعي البراءة من الضمان؛ فعليه البينة، والقولُ قولُ صاحبها.

هذا إذا كانت الدابةُ باقية، فأما إذا تلفت، فإن كان التلف عقيب الأخذ فهو يدعي فيه الغصب، وذلك يقر له بقيمة العارية والمقدار واحد؛ لأن وقت الضمان واحد، وتفارقُ المسألةَ التي قبلها؛ وهو إذا ادَّعىٰ أحدهما الأُجْرة، وأقر الآخر بالقيمة حيث قال بعض أصحابنا إنهما[٢] جهتان مختلفتان؛ لأن أحد المالين أُجْرة والآخر قيمة، والمالُ فِي هذه المسألة قيمة بكلِّ حال فليس فِي هذه المسألة اختلاف جهة فِي الضمان.

وإن كان التلفُ بعد مضي مدة فإنه يقر له بقيمة العارية - وهي وقت التلف - وهو يدعي قيمةَ الغصب وهي أكثر ما كانت فيأخذ قدر قيمة العارية، والقولُ فِي الزيادة قولُه وعلىٰ الراكب البينة.

فهذا الكلام فِي القيمة، فأما الأُجْرة فتكون علىٰ الاختلاف الذي ذكرنا

---

(١) لأن الربيع قال: «رجع الشافعي عن قبول قول المستعير وجعل القول قول ربِّ الدابة مع يمينه وعلىٰ الراكب كراء مثلها» حكاه أبو حامد في الجامع .. بحر المذهب (٦/ ٤٠٢)، وينظر الحاوي الكبير (٨/ ٢١٥) ونهاية المطلب (٧/ ١٥٢).

(٢) في (ص): «إنها».

مِنهُم مَن قال علىٰ الطريقين؛ **أحدهما**: قولان؛ أحد القولين القولُ قولُ صاحبها، **والثاني**: القولُ قولُ الراكب قولًا واحدًا، وتفارق تلك المسألة؛ لأن هناك علىٰ أنها تلفتْ علىٰ ملك الراكب [وهاهنا قد اختلفا فصاحبُها يزعمُ أنها تلفتْ علىٰ ملكِهِ دون ملكِ الراكِبِ][(١)]، وأن الراكب متعدٍّ بإتلافها، وهو يدعي البراءة من ذلك، فكان عليه إقامة البينة علىٰ ما يدعيه.

قال المزني[(٢)] - لما ذكر هذه المسألة وحكىٰ أن القولَ قولُ المستعير -: (وهذا عندي خلافُ أصله؛ لأنه يجعل من يسكن دارَ رجلٍ كمن تعدَّىٰ علىٰ سلعتِهِ[(٣)] فأتلفها فله قيمة السكنىٰ، وقوله من أتلف شيئًا ضَمن، ومن ادَّعىٰ البراءة؛ لم يبرأ، فهذا مقرٌّ بأُجْرة سكنىٰ الدار وركوب الدابة، ومدعٍ للبراءة، فعليه البينة، وعلىٰ المنكرِ ربِّ الدابة والدار اليمينُ ويأخذ القيمة) وهذا هو التعليل الذي ذكرناه علىٰ ما قاله أبو إسحاق وغيره من أصحابنا، والجوابُ فِي هذه المسألة مرجوعٌ عنه، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَنْ تَعَدَّى فِي وَدِيعَةٍ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا الَّذِي كَانَتْ فِيهِ ضَمِنَ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ مِنَ الْأَمَانَةِ، وَلَمْ يُحْدِثْ لَهُ رَبُّ الْمَالِ اسْتِئْمَانًا فَلَا يَبْرَأُ حَتَّى يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ)[(٤)].

وهذا كما قال[(٥)].. إذا أودعه شيئًا، ثم تعدىٰ المودع فِي إخراجه من

---

(١) ليس في (ص)، والمثبت من (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٥).

(٣) في (ص، ف): «سلعة» والمثبت من المختصر.

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٥).

(٥) ذكر الجويني في النهاية (٧/ ١٥٤) أن هذا الكلام ههنا غير لائق بمسائل العارية، وإنما هو من كتاب الوديعة، وتبعه بحر المذهب (٦/ ٤٠٣) فقال: وكان الأولىٰ بالمزني أن يذكرها

حِرْزه فانتفع به، ثم رده إلىٰ حِرْزه؛ فإن الضمانَ لا يزول بذلك.

وقال أبو حنيفة[١]: يزولُ؛ لأنه مأمورٌ بالحفظ فِي جميع هذه الأوقات، فإذا خالف فِي وقت فيها ثم رجع وعاد إلىٰ الحفظ؛ كان ممسكًا له علىٰ الوجه الذي أُمر به، فينبغي أن يزولَ الضمانُ؛ كما أن الله تعالىٰ أمر بصيام شهر رمضان، فإذا أفطر[٢] يومًا منه صام اليوم الذي بعده؛ لأنه فِي كل يوم مأمور بالصيام، كذلك ها هنا.

ودليلنا: أنه ضمن الوديعة بعدوان؛ فوجب أن يبطل الاستئمانُ، أصله: إذا جَحَدَها، ثم اعترف بذلك بعد الجحود، فإن الاستئمان يبطُل بالجحود، ولا يعود بالاعتراف.

فإن قيل: الجحود إنما يكون بعد المطالبة بالرد، وإذا طالبه بالرد فقد منعه من الإمساك والحفظ، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأنه مأمورٌ بالحفظ، ولم ينهه عن الإمساك بالمطالبة بالرد، فإذا أمسكه وهو مأمور بذلك؛ سقط عنه الضمان، **فالجوابُ**: أنه لا فرق بين المسألتين؛ لأن المعنىٰ الموجبَ للضمان فيهما قد زال؛ لأن التعدِّي بالانتفاع به فِي مسألتنا قد زال والجحود فِي مسألة الأصل قد زال بالاعتراف ثم لم يرتفع الضمان بزوال الجحود بالاعتراف بعده، فكذلك لا يرتفعُ الضمانُ بزوال التعدي بالاستعمال بإعادته إلىٰ محله من الحرز والحفظ له.

وجواب آخر، وهو أنه يمكنُ الجحودُ من غير مطالبة بالرد وهو أن يأمره هو بإمساكها إلىٰ مدة ابتداء فيجحدها، ويقول: ما لك عندي شيء، فأمسكه لك، أو

هناك، ونحن نستقصي بيانها هناك، ولكن نشير إلىٰ المذهب ههنا.

(١) وهو قول مالك، وبينهما اختلاف فيبعض فروعه.. ينظر: الحاوي الكبير (٧/ ١٢٤) وبحر المذهب (٦/ ٤٠٣).

وقع في (ص، ف): «أمسك» وهو غلط ظاهر، ولا يصح المعنىٰ ويستقيم إلا بما أثبتناه.

يقول له: احتفظ بتلك الوديعة التي لي عندك، فيجحدها ثم يقر بعد ذلك، فهذا جحود من غير أن يتقدمه مطالبة بالرد ونَهْي عن الإمساك؛ لأن الجحود حصل عند الأمر بالإمساك والاحتفاظ، فإذا كان كذلك؛ بطل ما قالوه.

فأما الجوابُ عن دليلهم، فهو أنه يبطل بالجحود، ويبطل أيضًا به إذا استعار دابة إلىٰ النهروان فركبها إلىٰ حلوان، فإنه يصير ضامنًا لها إذا جاوز النهروان، فإذا ردها إلىٰ النهروان لم يزل عنه ضمانها.

وأما الصوم الذي استشهدوا به، فالجوابُ عنه أن المعنىٰ فيه أنه لو جحده ثم عاد فأقر به؛ صح رجوعه، ولزمه الصوم، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإن هذا المودع لو جحد الوديعة ثم عاد فأقر بها لم تعد أمانة كما كانت ولم يصح رجوعه إلا بعد استحداث إذن من صاحبها فافترقا.

إذا ثبت أن الضمان باقٍ فإنه لا يرتفع بالرد إلىٰ موضعه، فإن رده إلىٰ صاحبه أو إلىٰ وكيله زال عنه الضمان.

وإن أبرأه صاحبه منه من غير أن يرده إليه أو إلىٰ وكيله فهل يسقط عنه الضمان بذلك الإبراء أم لا فيه وجهان:

أحدهما: يبرأ، وهو ظاهر قوله؛ لأنه قال «حتىٰ يحدث استئمانًا» ولأن وجود السبب بمنزلة وجود المسبب، وأنه إذا حفر بئرًا ثم مات ووقعت فيها بهيمة لإنسان فتلفت؛ وجب الضمان فِي ماله، وجعل كأنها تلفت فِي حياته، فكذلك سبب ضمان القيمة وقد حصل فكان كحصول نفس القيمة فصح الإبراء عنها.

والثاني: لا يبرأ؛ لأن الإبراء لا يصح عن القيمة؛ لأنها لم تجب بعد، ولا يصح الإبراء عن العين؛ لأنها فِي يده باقية فكيف يصح الإبراء منها؟ فإذا بطل ذلك ثبت أن الضمان لا يسقط.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِذَا أَعَارَهُ بُقْعَةً يَبْنِي فِيهَا بِنَاءً لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِ الْبُقْعَةِ أَنْ يُخْرِجَهُ حَتَّى يُعْطِيَهُ قِيمَةَ بِنَائِهِ قَائِمًا يَوْمَ يُخْرِجُهُ)[١] الباب إلى آخره.

وهذا كما قال.. يجوز إعارةُ الأرض للبناء والغراس والزرع، والدليلُ عليه: أن كلَّ عينٍ يجوزُ إجارتُها فإنه يجوزُ إعارتُها كالدار والدابة، فإن أعاره إياها لبناء أو غراس الزرع ففعل ما أذن له فيه جاز.

وإن فعل غير المأذون فيه، نُظِر، فإن كان أذن له فِي الغراس أو البناء فزرع جاز ذلك؛ لأن ضرر الزرع أخف من ضرر الغراس والبناء فقد استوفىٰ بعض ما أذن له فيه، وكذلك إن أذن له فِي زرع حنطة فزرع شعيرًا أو غيره؛ جاز؛ لأن ضرر ذلك أخف علىٰ الأرض من ضرر الحنطة.

وإن أذن له فِي الزرع فغرس أو بنىٰ لم يَجُزْ؛ لأن ضرر الغراس والبناء أعظم من ضرر الزرع، فلا يكون الإذن فِي أدنىٰ الضررين إذنًا فِي أعلاهما.

وكذلك إذا أذن له فِي زرع حنطة فزرع قطنًا أو ذرة لم يَجُزْ لأن ضررهما أعظم من ضرر الحنطة.

وإذا أذن له فِي الغراس فهل له أن يبني أم لا؟ أو أذن له فِي البناء فهل له أن يغرس أم لا؟ علىٰ وجهين:

أحدهما: ليس له ذلك؛ لأن ضرر أحدهما مخالفٌ لضرر الآخر؛ لأن ضرر البناء الحفر للأساس، وضرر الغرس رسوخ عروق الغراس فِي الأرض وانتشارها فيها، فلم يكن الإذن فِي أحدهما إذنًا فِي الآخر لاختلافهما.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٥).

والثاني: أن له ذلك؛ لأن ضررهما يتقارب؛ لأن الأرض تحفر للأساس ثم يطم ذلك الحفر بالبناء كما أن العروق تنتشر فِي الأرض، وتنفذ فيها وينسد ما ينفذ فيه بها، وإذا كان كذلك كان الإذن فِي أحدهما إذنًا فِي الآخر.

إذا تقرر هذا؛ فإنه يجوز أن يطلق له الإذن فِي ذلك، ولا يقدر المدة لأن العارية عقد جائز، فلم يكن من شرطه تقدير المدة كما أن الجِعالة عقدٌ جائز، وليس من شرطه تقدير المسافة التي يجاء بالعبد منها.

ولأن المدة إنما تقدر حتىٰ تصير معلومة لإمكان الإجبار عليها إذا امتنع العاقدُ من تسليم ما استحق عليه بالعقد، وإذا امتنع المعير من تسليم العارية لم يُجبر علىٰ ذلك، فلم يكن من شرطها أن تكون مدتها معلومة.

وإن قدَّر المدة مثل أن يقول «أعرتُكه إلىٰ شهر»؛ جاز؛ لأن إطلاق المدة جائز، فكان تقديرها أولىٰ بالجواز، ولأنه لما جاز إطلاقُ المسافة فِي الجِعالة جاز تقديرُها وهو أن يقول «من جاء بعبدي الآبق من موضع كذا فله كذا».

• فَصْلٌ •

إذا ثبت ما ذكرناه فإن أطلق له، وأذن له فِي الغراس والبناء؛ كان له أن يبني ويغرس ما لم يمنعه من ذلك فإذا منعه لم يكن له بعد المنع أن يستحدث شيئًا من ذلك؛ لأنه إنما صار له الاستحداث بالإذن فإذا منعه سقط الإذن، وإذا سقط الإذن؛ لم يكن له أن يستحدث فِي ملك غيره شيئًا بغير إذنه.

وإن كانت المدة مقدرة[1]؛ فله أن يغرس ويبني، ما لم تنقضِ المدة، فإذا انقضت؛ لم يكن له استحداثُ شيءٍ لما ذكرنا من سقوط إذنه بمنعه إياه عما

---

(١) في (ف): «مفازة»، وهو تحريف.

أذن له فيه.

إذا تقرر هذا، فإذا غرس وبنىٰ أو انتفع بسائر ما ذكرنا من وجوهِ الانتفاع - الذي ليس له علىٰ حسب ما مضىٰ - كان متعديًا بذلك، وله أن يطالبه بقلعه من غير شيء يضمنه بدليل ما رُوِي عن النبي ﷺ أنه قال: «**ليس لعِرْقٍ ظالم حقٌّ**»[(١)].

وروي أن رجلًا غصب أرضًا لنصراني، وغرس فيها، فأخبر رسول الله ﷺ بذلك، فأمر بقلعها، قال الراوي: فلقد رأيتُها تعملُ الفؤوس فِي أصولها، وإنها لنخل عُمٌّ[(٢)].

إذا ثبت أن عليه أُجْرة المثل؛ لأنه أتلف المنافع بالتعدي، فإن كان تعدىٰ بذلك من حين تسلم العارية كانت عليه الأُجْرة من ذلك الوقت.

وإن كان تعدَّىٰ بعد ذلك بمدة مثل أن يكون منعه من الغراس، فخالفه، كانت عليه الأُجْرة وقت الغرس؛ لأنه أول التعدي.

وإذا قلعها كان عليه تسويةُ الأرض، وطمُّ الحفر؛ لأنها حدثتْ من غير رضا صاحب الأرض بذلك.

هذا إذا كان متعديًا بالغرس، فأما إذا لم يكن تعدى بذلك، فإنه لا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون قد شرط القلع حين أذن له فِي ذلك، أو لم يشرطه. فإن كان قد شرطه وَجَبَ عليه القلع؛ لأنه أذن له فِي الغراس بشرط قلعها وإذا قلعها، فليس عليه تسويةُ الأرض من الحفر وطمُّها؛ لأنه مأذون له فيها.

---

(١) أخرجه مالك (٢٧٥٠) وأبو داود (٣٠٧٣) والترمذي (١٣٧٨) عن سعيد بن زيد رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٧٤) والدارقطني (٢٩٣٨)، والبيهقي (٢٩٣٨) عن عروة بن الزبير رضي الله عنه، وقوله (عم) بضم العين المهملة وتشديد الميم، أي طوال، واحدها عميم، وقيل: أي تامة في طولها والتفافها.. عون المعبود (٨/ ٢٢٨).

وإن كان لم يشترط عليه القلع؛ كان للمستعير أن يقلعها؛ لأنها ملكه، فإن قلعها، فهل عليه تسوية الحفر أم لا؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: أن عليه ذلك؛ لأنه قلعٌ غير مأذونٍ له فيه، **والثاني**: ليس عليه ذلك؛ لأنه إنما أذن له فِي ذلك علىٰ أن لصاحبِ الغراس القلع: أي وقتٍ أراد.

وإذا كان دخولُه فِي العارية علىٰ هذا كان ذلك[١] قلعًا مأذونًا فيه كما لو شرطه[٢]، فإذا لم يقلعها المستعير وطالبه المعير بالقلع، نُظِر، فإن طالبه بذلك بشرط أن يضمن ما ينقص بالقلع؛ لزمه قلعها؛ لأنه لا ضرر عليه فِي ذلك؛ لأنه يغرم له ما[٣] ينقص، فيقومها[٤] قائمة ومقلوعة، ويغرم ما بين القيمتين.

وإن قال المعير: «أنا أغرمُ لك قيمتَها»، وطالبه بأخذ القيمة كان ذلك له، وأُجبر المستعير علىٰ قبضها؛ لأنه لا ضرر عليه فِي ذلك.

وإن قال المستعير: «أنا أبقي الغراسَ وأضمنُ للمعير قيمة الأرض»؛ لم يكن له ذلك.

والفرقُ بينهما أن الغراسَ يتبعُ الأرض، والأرضُ لا تتبعُ الغراس، ألا ترىٰ أنه إذا باع الأرض وأطلق دخل الغراس فِي البيع، وإن باع الغراسَ وأطلق لم تدخلِ الأرضُ فِي البيع.

فأما إذا طالبه بالقلع من غير أن يضمن له أرش النقصان، وأبىٰ ذلك صاحب الغراس لم يجبر عليه، وقال أبو حنيفة: يجبر علىٰ ذلك.

---

(١) ليس في (ص).

(٢) في (ص): «شرحه»، وهو تصحيف.

(٣) ليس في (ص)، (ف) وإثباته ضروري.

(٤) في (ص)، (ف): «فيقومه».

واحتج من نصره بقوله ﷺ: «**العاريةُ مؤدَّاة**»(١)، ولأن من شرط العارية أن لا يكون للمستعير أن ينتفع بها بعد الرجوع كما لو أعاره بيتًا للقماش، وطالبه بنقله؛ لم يكن له بنفسه بعد ذلك. وإذا قلتم: إنه لا يجبر علىٰ القلع؛ جعلتم له الانتفاعَ بالعارية بعد رجوع المعير، وذلك خلاف موضوع العارية.

ودليلنا قوله ﷺ : «**ليس لِعِرْقٍ ظالِم حقٌّ**»(٢) وروت عائشة أن النبي ﷺ قال: «**من بنى فِي رباع قوم بإذنهم فله قيمتُه**»(٣).

وعندهم أنه يُجْبَرُ علىٰ القلع، ولا يجعل له قيمة بنائه، ولأنه غرسٌ مأذونٌ له فيه، فإذا لم يشرط الآذِنُ القلْعَ كان عليه الضمان، أصله: إذا أذن له فِي الغراس إلىٰ سنة، ثم رجع عن ذلك قبل مضي السنة، وطالبه بالقلع من غير أن يضمن الأرش، فإنه لا يلزمه القلع إلا بعد أن يضمن الأرش.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أنه غره قبل مضي المدة التي قدرها، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأنه لم يغره، فإنه أطلق الإذن، وذلك يقتضي أن يكون له الرجوع أي وقت أراد.

فالجوابُ أن تقديره المدة فِي إعارةِ الأرض للغِراس يفيدُ المنعَ من استحداث الغراس بعد مضي المدة، فيكون تقديرها لذلك، لا لتبقية الغراس إلىٰ ذلك الوقت، فإذا كان التقدير راجعًا إلىٰ ذلك؛ لم يكن لمطالبته إياه بالقلع قبل مضي المدة غارًّا؛ لأن إذنه لم يتناول التبقية للغراس إلىٰ ذلك الوقت، وإنما يكون غارًّا إذا كان لفظُه يقتضي التبقية للغراس إلىٰ ذلك الوقت.

---

(١) أخرجه أحمد (٢٢٢٩٤) والترمذي (٢١٢٠) من حديث أبي أمامة رضي الله عنه.

(٢) أخرجه مالك (٢٧٥٠) وأبو داود (٣٠٧٣) والترمذي (١٣٧٨) عن سعيد بن زيد رضي الله عنه.

(٣) أخرجه الدارقطني (٤٥٩٩) والبيهقي (١١٢٧٢).

فإذا كان كذلك لم يفرق بين إطلاق الإذن وتقدير المدة فِي المطالبة بالقلع بعد الرجوع فِي العارية.

وجوابٌ آخر، وهو أنه إن كان غارًّا فِي مسألة الأجل، فينبغي أن يكون غارًّا فِي مسألتنا؛ لأن الغراس إنما يغرس للتأبيد، وإطلاق الإذن له فيها يقتضي تبقيتها علىٰ التأبيد، فإذا رجع كان غارًّا بمطالبته إياه بالقلع، فلا يكون بين المسألتين فرقٌ من هذا الوجه.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أن المرادَ به أنها تؤدَّىٰ إذا لم يكن عليه ضررٌ فِي ذلك، بدليل ما مضىٰ.

وأما الجوابُ عن استدلالهم، فهو أنه يبطل به إذا قدر المدة بالقلع قبل مضيها، وكذلك إذا أعاره أرضًا للدفن، فدفن فيها، ثم طالبه بالقلع قبل مضي المدة، فإنه لا يُجبر علىٰ قلع الميت، ثم المعنىٰ فيه إذا أعاره بيتًا ليترك فيه القماش أن القماش فِي البيت ليس للتأبيد فيه، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأن الغراس والبناء يكون للتأبيد.. ألا ترىٰ أنه إذا قدَّر المدةَ فرجع قبل مضيها وطالبه بنقل القماش من البيت أُجبر علىٰ ذلك ولو طالبه بقلع الغراس قبل مضي المدة؛ لم يكن له، فبان الفرقُ بينهما من هذا الوجه والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا ثبت أنه لم يغْرَمْ للمستعير قيمتها، ولم يغْرَم له أرْشَ النقصان بالقلع، فإن المستعير لا يُجبر علىٰ القلع، فإن البيع يُعرض عليهما، فإن أجابا إليه بيعت الأرض بغراسها، وكان للمعير من جملة الثمن ما يخصُّ قيمة أرض فيها غراس لغيره، وكان للمستعير ما يخصُّ قيمة الغراس فِي أرض غيره، فيقسم الثمن علىٰ قدر القيمتين؛ فيأخذ كلُّ واحدٍ منهما حقه.

وإن أبيا البيع، قلنا لهما: «انصرفا، فإنه لا حُكم لكما عندنا»، ويمنعهما الحاكمُ من التواثب والتشاجر.

وللمعير أن يدخل الأرض فينتفع بها ويقعد تحت الغراس فِي فيئه؛ غير أنه لا يشد فِي الغراس دابته ولا غيرها.

وأما المستعيرُ فليس له أن يدخلها لغير حاجة فإن أراد دخولها لحاجة مثل سقي الغراس وغيره مما يتعلقُ بمصالح غرسه فهل له ذلك أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك؛ لأن الانتفاعَ بالأرض ملكٌ لغيره، فلا يجوزُ بعد رجوعه فِي العارية.

والثاني: له ذلك؛ لأنَّا إذا لم نجعل له الدخولَ لمصالح الغراس؛ أتلفناه عليه، وذلك لا يجوزُ.

فإن أراد المعير بيع الأرض كان له ذلك، وإن أراد المستعير بيع الغراس فإن باعها من المعير؛ صح البيع، وإن باعها من غيره؛ ففيه وجهان بناءً علىٰ الوجهين فِي الدخول لمصالحها، فإن قلنا: له الدخول؛ جاز البيع؛ لأنه يمكن تسليمها وتسلمها، وإن قلنا: ليس له الدخول؛ لم يجز البيع؛ لأنه لا يمكن تسليمها وتسلمها.

فإن قيل: فهذا الغراسُ ليس له حقُّ التبقية فِي الأرض؛ لأن للمعير أن يقلعه إذا ضمن أرش نقصه[1] أو يأخذه إذا غرم قيمته، فكيف جوزتم بيعها؟ **قيل**: مثل ذلك لا يمتنع كالشقص فإنه يجوز بيعه، وإن كان الشفيع يملك أن يأخذه من المشتري فيستحقه عليه.

---

(١) في (ف): «بعضه»، وهو غلط.

• فَصْلٌ •

إذا استعار أرضًا للزرع[١]**، فزرع فيها، ثم رجع المعيرُ قبل أن يدرك الزرع، فطالبه بالقلع، فقد اختلف أصحابنا**؛ فمِنهُم مَن قال: الحكمُ فيه فِي التبقية والقيمة والأرش كالحكم فِي الغراس سواء، ومِنهُم مَن قال: يُجبر علىٰ التبقية، وليس له مطالبة المستعير بأخذ القيمة ولا بالقلع إذا ضمن أرش النقصان به، والفرقُ بينهما أن الزرع لا يتأبد، وله وقتٌ ينتهي إليه، فأجبرناه علىٰ التبقية إلىٰ ذلك الوقت، وليس كذلك فِي الغراس؛ لأنه يتأبد، فإذا أجبرناه علىٰ التبقية بكل حال أضررنا به، وعطلنا عليه أرضه، فلهذا فرقنا بينهما.

• فَصْلٌ •

إذا أعاره حائطًا ليضعَ عليه جذوعَه، فوضعها عليه، لم يكن له أن يطالبه بقلعها على أن يضمن له أرش النقصان؛ لأنها موضوعةٌ علىٰ حائط نفسه فأحد الطرفين علىٰ أحدهما والطرف الآخر علىٰ الآخر، فلو أجبرناه علىٰ القلع علىٰ هذا الوجه كان ذلك إجبارًا علىٰ قلع جذوعه من ملكه، ويفارق الغراس فِي الأرض؛ لأنها فِي ملك غيره وليس بعضُها فِي ملكه، فلهذا فرقنا بينهما.

• فَصْلٌ •

إذا أذن له فِي غرْسِ شجرٍ فِي أرضه فغرسها، ثم قلعها، فهل يعيد أخرى بدلها أم لا فيه وجهان؛ أحدهما: ليس له ذلك؛ لأن الإذن اختص بالأولىٰ دون الثانية، والوجه الثاني: له ذلك؛ لأن الإذن قائم ما لم يرجع عنه، وكذلك إذا أعاره حائطًا، فوضع عليه جذوعًا، ثم انكسرت، فهل له إعادة أخرىٰ بدلها أم لا؟ علىٰ الوجهين.

---

(١) هذا مما أجراه الأئمة من أحكام العارية.. ينظر: نهاية المطلب (٦/ ٤٨٣) والبيان (٦/ ٥١٨).

• فَصْلٌ •

إذا كان لرجُل حبوب فِي مِلْكه، فحملها السيلُ[١] **إلى أرض رجل، فنبتتْ فيها، كان ذلك الزرع لصاحب الحب**؛ لأنه عين ماله، كما قلنا فيمن غصب بيضة فحضنها وفرخت أو حبًّا فزرعه، فإن الفراخ والزرع للمغصوب منه؛ لأنهما عين ماله، فكذلك هاهنا.. **إذا ثبت هذا**، فليس عليه أُجْرة الأرض؛ لأنها جعلت فيها بغير صنع، وهل لصاحب الأرض أن يطالب صاحب الزرع بقلعه أم لا؟ اختلف أصحابنا فِي ذلك فمِنهُم مَن قال: الحكمُ فيه كالحكم فِي الغراس المأذون له فيه فِي الأرض المستعارة علىٰ التفصيل الذي ذكرنا؛ لأنه غير متعدٍّ بذلك، ومِنهُم مَن قال: يجبره علىٰ قلعه من غير أرش؛ لأنه لم يأذن له فِي ذلك، وهذا كما نقول فِي شجرته إذا تشعبت أغصانها ودخلت فِي ملك غيره، فإن لصاحب الملك أن يُجبره علىٰ قلعها، إذا لم يمكن[٢] تحويلُها من غير قطع؛ لأنها حصلتْ فِي ملكه بغير إذنه.

• فَصْلٌ •

يجوزُ استعارةُ الحيوانِ الذي فيه منفعة؛ لأن كلَّ حيوانٍ جازتْ إجارتُه؛ جازتْ إعارتُه[٣]، وقد يجوزُ إعارةُ ما لا يجوزُ إجارته - وهو الفحل - فإنه يجوز إعارتُه للضِّراب، ولا يجوزُ إجارتُه، ويجوز إعارةُ الكلب للصيد والانتفاع به، ويجوز إعارةُ العبد للخدمة.

وأما الجاريةُ، فإن استعارتَها امرأة للخدمة؛ جاز، وإن استعارها رجل ذو محرم لها؛ جاز، وإن استعارها رجل أجنبي، نُظِرَ، فإن كانت عجوزًا لا

---

(١) والريح كذلك كما في البيان (٦/ ٥٢٢).

(٢) في (ص): «يكن».

(٣) ينظر: البيان (٦/ ٥٠٨).

يُرغب فِي مثلها؛ جاز، وإن كانت ذات هيئة؛ كُرِه ذلك، ولا يجوزُ استعارتُها للاستمتاع بها؛ لأن البُضع لا يستباح بالإباحة، وحكىٰ بعضُ أصحابِنا عن مالك أنه يجوزُ، وهذا خطأٌ منه، وإنما هي مسألة اتفاق.

• فَصْلٌ •

يُكره استعارةُ الأبوين للخدمة(١)؛ لأنه يُكره استخدامُهما، فإن استعارهما؛ ليرفِّه عنهما، ويخفِّفَ من خدمتهما لسيدِهِما، كان ذلك مستحبًّا.

• فَصْلٌ •

لا يجوزُ إجارةُ العاريةِ(٢)؛ **لأنه لا يملِكُ منافِعَها بعقد الإجارة**، وإنما يملِكُ إتلافَها علىٰ الوجه الذي أُذن له فيه، وهكذا لا يجوزُ إعارتُها؛ لأنه أُذن له فِي الانتفاع بها علىٰ وجهٍ مخصوصٍ، فهو كما قلنا فِي الطعام يُقدم إليه للأكل، فإن له أن يأكل منه، ولا يجوزُ له أن يُلْقِمَ غيره، ولا أن يحمل(٣) منه معه؛ لأنه لم يؤذن له فِي ذلك، فكذلك هاهنا، ومِن أصْحابِنا مَن قال: يجوز إعارةُ العارية كما يجوز إجارةُ المستأجر، وليس بمشهور، والمذهب ما ذكرنا.

• فَصْلٌ •

إذا كان فِي يد رجلٍ حلالٍ صيدٌ؛ لم يَجُزْ للمحرِمِ أن يستعيرَه منه؛ لأنه لا يجوزُ له إمساكُ الصيد، فإن استعاره منه؛ ضمنه باليد، فإن تلف فِي يده؛ لزمه قيمتُه لصاحبه والجزاءُ لله تعالىٰ.

---

(١) الوسيط (٣/ ٣٦٩) والعزيز (٥/ ٣٧٠- ٣٧١).

(٢) ذكره البيان (٦/ ٥١٧- ٥١٨).

(٣) في (ص، ف): «يزل» وهو تحريف، والمسألة في الشرح الكبير (٨/ ٣٥٣)، وروضة الطالبين (٧/ ٣٣٩).

فأما استعارةُ الحلال من المحرم ذلك مثل أن يحرم وفِي يده صيدٌ ففيه قولان:

أحدهما: أن ملكه يزول عنه، فيلزمه تخليتُه، فعلىٰ هذا إذا أخذه المُحِل؛ كان له ذلك، ولا يضمنه إذا تلف؛ لأنه ليس بملك للذي أخذه منه، ولا يكون ذلك استعارة؛ لأن الذي يأخذه منه لا يملكه ويضمنه المحرم؛ لأنه سبب فِي إتلافه.

والثاني: أن ملكه لا يزول، وله إمساكه، وليس له قتلُه ولا بيعُه، فعلىٰ هذا يجوز للمحل أن يستعيره منه، فإذا تلف فِي يده؛ لزمه قيمته لصاحبه دون الجزاء.

• فَصْلٌ •

إذا استعار رجلٌ من الغاصِبِ الشيءَ الذي غصبه، وثبت أنه مغصوب، وتعيَّن صاحبُه وذلك مثل أن يقيم البينة علىٰ العارية أنها ملكه، فإن له استرجاعَها من يد المستعير، وله أن يطالبَ الغاصبَ بالأُجْرة وأرْشِ ما نقص بالاستعمال؛ لأنه ضمن العين باليد متعديًا، وله أن يطالب المستعير؛ لأن ذلك تلف فِي يده بغير إذن صاحبه.

فإذا غرم المستعيرُ فهل يرجعُ علىٰ المعير بذلك أم لا؟ فيه قولان:

قال فِي الجديد: لا يرجع؛ لأنه اختص بتلف المنافع والأجزاء فِي يده فاستقر عليه الضمان.

وقال فِي القديم: يرجع علىٰ الغاصب؛ لأنه دخل فِي العقد علىٰ أن لا يكون عليه ضمان الأُجْرة والأرش.

فإذا بان أنه مغصوب؛ كان الغاصبُ غارًّا له بذلك، فكان له الرجوع عليه به، فأما إذا غرم الغاصبُ فهل له الرجوع علىٰ المستعير؟ مبني علىٰ ما ذكرنا، فإن قلنا: للمستعير الرجوع إذا غرم؛ لم يكن للغاصب الرجوع، وإن

قلنا: ليس له ذلك كان للغاصب الرجوع.

هذا إذا كانت العين باقية، فأما إذا كانت قد تلفت فِي يد المستعير فإن كانت قيمتُها وقتَ التلف أكثر ما كانت، فله أن يغرمها متىٰ شاء منهما، فإن غرم المستعير لم يرجع علىٰ الغاصب، وإن غرم الغاصب لم يرجع علىٰ المستعير؛ لأنه دخل علىٰ أن يضمن تلك القيمة فلا يكون الغاصب غارًّا بذلك.

وإن كان قيمتُها وقتَ التلف أقلَّ مما كان قبله كان له أن يغرمها أيهما شاء، فإن غرم المستعير؛ لم يرجع بقدر قيمتها وقت التلف.

وهل يرجع بالزيادة عليها علىٰ الغاصب؟ فِي ذلك قولان، كما قلنا فِي الأُجْرة وأرش الأجزاء؛ لأنه دخل علىٰ أن لا يضمنها كما دخل علىٰ أن لا يضمن الأُجْرة وأرش النقصان.

وإن غرم الغاصب رجع بقدر قيمتها وقت التلف علىٰ المستعير، وأما الزيادة فمبنيةٌ علىٰ القولين كما مضىٰ فِي الأُجْرة.

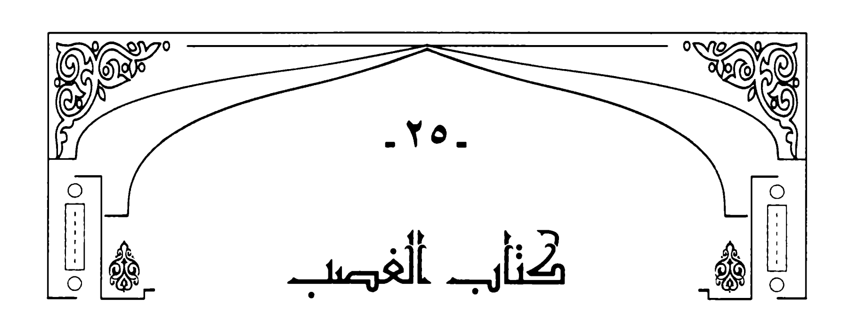
• فَصْلٌ •

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يجوزُ عندي إعارةُ الشاة للحلْبِ والانتفاع بلبنِها، والدليلُ عليه قول النبي ﷺ: «**المنيحةُ مردودةٌ**»[1]، وأراد به الشاة التي تُستعار لينتفع بلبنها، ومِن أصْحابِنا مَن قال: لا يجوزُ إجارتُها لذلك، فلا يجوزُ إعارتُها له، والله أعلم.

يليه كتاب الغصب



(١) أخرجه أحمد (٢٢٢٩٤) والترمذي (٢١٢٠) من حديث أبي أمامة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.



الأصلُ في تحريم الغصب: الكتابُ والسنةُ والإجماعُ.

فأما الكتاب:

فقوله تعالىٰ: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩] والغصْبُ أخْذُ المال من غير تجارةٍ؛ فلم يحل أكله.

وقوله تعالىٰ: ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وإذا كان رد الأمانة مأمورًا به كان المغصوب أولىٰ أن يكون مأمورًا برده.

وقوله تعالىٰ: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ۝١ ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكْتَالُواْ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ۝٢ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ۝٣﴾ [المطففين:١-٣] فتوعد علىٰ التطفيف فكان تنبيهًا علىٰ الغصْبِ.

وأما السنة:

فما روىٰ أنسُ بنُ مالك رَضِوَاللَّهُعَنْهُ أن النبيَّ ﷺ قال: «**لا يحِلُّ مالُ امرئٍ مُسلم إلا عن طيبِ نفسِهِ**»(١).

وروىٰ جابرٌ رَضِوَاللَّهُعَنْهُ أن النبي ﷺ قال فِي خُطبته بعرفة: «**ألا إن دماءَكُم وأموالَكم عليكم حرامٌ كحُرمة يومِكم هذا فِي بلدِكُم هذا فِي شهرِكُم هذا**»(٢).

وروي أن النبي ﷺ قال: «**لا يأخُذَنَّ أحدُكم متاعَ أخيه جادًّا ولا لاعبًا، مَن أخذ عصا أخيه، فليردَّها**»(٣) فنهىٰ عن أخذ المال، ونبه بردها علىٰ غيرها مما هو أعظم خطرًا منها.

وروىٰ سعيد بن زيد رَضِوَاللَّهُعَنْهُ أن النبي ﷺ قال: «**مَن اتخَذَ شِبرًا مِن أرضٍ بغيرِ حقِّه طُوِّقه مِن سبْع أرَضِين**»(٤).

وروىٰ ابنُ مسعود رَضِوَاللَّهُعَنْهُ أن النبيَّ ﷺ قال: «**مَن حَلَفَ على يمينٍ ليقتطِعَ مالَ امرئٍ مُسلم بغير حقِّه؛ لقِي اللهَ وهو عليه غضبان**»(٥)

وأما الإجماع:

فلا خلافَ بين الأمة فِي أن الغصْبَ محرم، وإنما اختلفوا فِي مسائل نذكرها بعد إن شاء الله.

إذا ثبتَ هذا، فإن مَن غَصَبَ شيئًا فعليه ردُّه إن كان باقيًا، وإن كان تالفًا فعليه الضمان، والدليلُ علىٰ ذلك ما رُوِي عن النبي ﷺ أنه قال: «**على اليد**

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢٨٨٥)، وذكره ابن الملقين في البدر المنير (٦/ ٦٩٥)، وقال فيه الحارث بن محمد الفهري لا أعرف حاله.

(٢) أخرجه مسلم في قصة حجة النبي ﷺ (١٢١٨).

(٣) أخرجه أبو داود (٥٠٠٣) والترمذي (٢١٦٠) من حديث يزيد بن سعيد الكندي رَضِوَاللَّهُعَنْهُ.

(٤) أخرجه البخاري (٢٤٥٢) ومسلم (١٦١٠) واللفظ له.

(٥) أخرجه البخاري (٢٦٧٣).

ما أخذتْ حتى تردَّه»[١].

فإن كان المتلف من ذواتِ الأمثال مثل الحبوب والأدهان، وغيرهما، ونحوهما مما تتفاوتْ أجزاؤه، ولا تتفاوتُ قيمته، فإن الواجب مثل ما أتلف، فإن كان أتلف قفيز حنطة؛ لزمه قفيز حنطة، وكذلك ما عدا الحنطة.

والدليلُ عليه قوله تعالىٰ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] فأمر بالمثل، ولأنَّ إيجاب القيمة إنما هو من طريق الاجتهاد والظن، وإيجابُ المثل إيجابٌ من طريق المشاهدة والقطع، وإيصالُ الحق إلىٰ المتلف عليه بيقين، فكان أولىٰ من إيجاب القيمة، كما أنَّ النصَّ مقدم علىٰ القياس؛ لأنَّ القياسَ مظنونٌ والنص محقق، فكان مقدَّمًا لهذا المعنىٰ.

هذا إذا تلف فِي يده، فأما إذا حدث فيه نقصان، مثل أن يتسوس أو يتغير طعمُه، وما أشبه ذلك؛ وجب عليه أرْشُ ما نقص، ويقوَّم ويلزم القدر الذي نقص من قيمته بذلك العيب؛ لأنه لا يمكن إيجاب المثل؛ لأن النقصان من حيثُ الصفة، والصفة لا مثل لها.

فإذا ثبتَ هذا، فكل ما له مثلٌ فإن مثله يجب، فإن تعذر؛ وجب الرجوعُ إلىٰ القيمة علىٰ ما نبينه بعد.

وأما إذا كان المغصوبُ مما لا مثل له كالحيوان والثياب وغيرهما مما تختلف أجزاؤه فالواجبُ قيمتُه، وهو قولُ الفقهاء كلهم إلا عبيد الله بن الحسن العنبري، فإنه قال: يجب المثل فِي جميع الأشياء، فإن كان المغصوب عبدًا فعبد مثله، وإن كان ثوبًا فثوبًا مثله.

واحتج بما رُوِي عن عائشة رضي الله عنها قالت: ما رأيتُ صانعًا مثل حفصة،

---

(١) أخرجه أحمد (٢٠٠٨٦) وابن ماجه (٢٤٠٠) وأبو داود (٣٥٦١) والترمذي (١٢٦٦).

صنعتْ طعامًا، فبعثتْ به إلىٰ رسول الله ﷺ فأخذني أَفْكَلٌ، فكسرتُ الإناء، فقلتُ: يا رسول الله ما كفارة ما صنعتُ؟ فقال: «**إناءٌ مثلُ الإناء، وطعامٌ مثلُ الطعام**»[1] فأوجب المثلَ فِي الأواني، فدل علىٰ أنه يجب مثلها، وقول عائشة: «أخذني أفكل» تعني: الرِّعدة من شدة الغيرة[2].

ودليلُنا ما روىٰ ابنُ عمرَ رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «**مَن أعتَقَ شِرْكًا له مِن عبدٍ قُوِّم عليه**»[3] فأمر بتقويم حصة الشريك التي سَرَىٰ العتقُ فيها، ولم يأمر بإيجاب مثل حصته من عبدٍ آخر.

ولأنَّ هذه الأشياء تختلفُ أجزاؤها وتتفاوتُ فكان إيجابُ القيمة أحصر وأقرب إلىٰ إيفاء حق المغصوب منه، فكان إيجابُها أولىٰ من إيجاب مثلها.

فأما الجوابُ عن حديثِ عائشة، فهو أن ذلك كان للتراضي؛ لأنه يجوز أن يكون النبي ﷺ علم من حفصة أنها ترضىٰ بمثل الإناء، ويجوز ذلك إذا كان بتراضٍ منهما.

إذا ثبتَ أنه تجب قيمتُه؛ فإنه يغرم أكثر ما كان قيمةً من حين غصَبَه إلىٰ أن تلف وتجب عليه تلك القيمة؛ لأنه كان مأمورًا فِي كلِّ حال بردِّه، فهو فِي كلِّ وقتٍ غاصبٌ له ما لم يرده، فلزمه الضمان تلك الحالة.

وإن كان لم يتلف ولكن ذهب بعضُه أو تغيرتْ صفةٌ من صفاته؛ لزمه الأرْشُ علىٰ ما نبينه بعدُ إن شاء الله.

هذا كلُّه فيما عدا الأثمان وما هو من جنس الأثمان، فأما الأثمانُ - وهي الدراهم المضروبة والدنانير المضروبة - فإذا أتلف عليه شيئًا منها؛ لزمه

---

(1) أخرجه أبو داود (٣٥٦٨) والنسائي (٣٩٥٧).

(2) ذكره الخليل في كتاب العين (٥/ ٣٧٤)، وابن السكيت في الألفاظ (ص١٣٠).

(3) أخرجه البخاري (٢٥٢٣) ومسلم (١٥٠١).

مثلها؛ لأن ذلك مما له مثل كما ذكرنا فِي الحبوب وغيرها، وإن لم يكن مضروبًا لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون فيه صنعة أو لا صنعة فيه.

فإن لم يكن مصنوعًا، وإنما كان مثل السبائك والنقار؛ وجب قيمتها.

فإن كان النقدُ الغالب من غير جنسها مثل أن يكون سبيكة ذهب والنقد الغالب دراهم؛ ضمنها بقيمتها بالغة ما بلغت.

وإن كان النقدُ من جنسها؛ فإن كانت قيمتها ووزنها واحدًا مثل أن يكون وزنُها مائة دينار وهي تساوي مائة دينار من ذلك النقد؛ وجب عليه مائة من ذلك النقد، وإن كانت تساوي أكثر من ذلك؛ قُومتْ بجنسٍ آخر حتىٰ لا يؤدي إلىٰ الربا، فتجب قيمتُها بالغةً ما بلغت.

وإن كانت مصنوعةً لم يخلُ من أحد أمرين؛ إما أن تكون الصنعة مباحة أو محظورة.

فإن كانت مباحةً كالحلي نُظر فِي النقد الغالب فإن لم يكن من جنسه؛ وجبتْ قيمتُه بالغة ما بلغتْ، وإن كان من جنسه فقد اختلف أصحابنا فيه فمِنهُم مَن قال يُقَوَّم بجنس آخر حتىٰ لا يؤدي إلىٰ الربا، ومِنهُم مَن قال: يُقَوَّم بذلك الجنس فتجب قيمتُه بالغةً ما بلغت؛ لأنَّ الزيادةَ فِي مقابلة الصنعة، والصنعة لها قيمة، ألا ترىٰ أنه يستأجر عليها ويجبُ ضمانُها إذا تلفتْ فيكونُ قدْرُ الوزن فِي مقابلة الوزن والزيادة فِي مقابلة الصنعة.

فأما إذا كانتِ الصنعة محرمة مثل الأواني، فقد اختلف فِي جواز اتخاذها قولُ الشافعيِّ، ففِي أحد قوليه: يجوز اتخاذُها، وفِي القول الآخر: لا يجوز؛ لأنها محرمة الاستعمال.

وإذا كان الاستعمالُ محرمًا، فاتخاذها سَفَهٌ ويكونُ بمنزلة اتخاذ الملاهي، مثل العودِ والطُّنبور والمِزمار.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ : وهذا هو القول الصحيح، فإن قلنا: اتخاذها مباح، فالحكم فيه كما ذكرنا فِي الحلي، وإن قلنا: إن اتخاذها محرم، فهو كما لو[1] لم يكن صنعة وتكون فِي حكم السبائك والنقار علىٰ ما مضىٰ بيانه.

• فَصْلٌ •

قد مضى الكلامُ فيما عدا الحيوان، فأما الحيوانُ فعلى ضربين؛ آدميٌّ وبهيمةٌ.

فأما البهيمةُ؛ فإنه يضمنها باليد إذا غَصَبَها، فإن تلفت لزمه قيمتُها، وإن نقصت لزمه أرْشُ النقصان، وإن جنىٰ عليها؛ لم يتقدر أرْشُ الجناية، ويكون فيها ما نقص من قيمتها سواء كانتِ البهيمة للقاضي أو لغيره، وسواء كان ينتفع بها من جهة واحدة أو من جهتين.

وقال مالك: إذا قطع رجُلٌ ذَنَبَ حمارِ القاضي أو ذَنَبَ دابتِهِ أو بغلتِهِ؛ وجب عليه جميعُ القيمة؛ لأنه لا يمكنه ركوبُها علىٰ تلك الحال فتصير كأنَّه أتلفها عليه[2].

ودليلُنا: أنها جنايةٌ علىٰ بهيمة لم يتلِفها؛ فلم يجبْ بها جميعُ قيمتها، الدليلُ عليه إذا قطع ذنَبَ ثورِ القاضي، أو بقرته، أو جمله، أو حمار غيره .

---

(١) ليس في (ص).

(٢) استنكر الماوردي في الحاوي الكبير قول مالك جدًّا فقال: وقال مالك: «إذا قطع ذنب حمار القاضي كان عليه جميع قيمته ولو كان لغير القاضي لزمه ما نقص من قيمته؛ استدلالًا بأن في قطع ذنب حماره غضاضة علىٰ المسلمين ووهنًا في الدين.. قال: وحسبك بقبح هذا القول دليلًا علىٰ فساده ولو جاز أن يجب في ذنب حماره جميع القيمة لوجب ذلك في تخريق ثيابه والتعدي في قماشه ولتضاعفت الجناية عليه علىٰ الجناية علىٰ غيره، ولكان كل ما اختص به زائدًا في الحكم علىٰ من سواه! وفي اتفاق الجميع علىٰ أن القاضي وغيره في ضمان ما استهلكه أو جنىٰ عليه وجب أن يكون وغيره علىٰ سواء في الجناية علىٰ حماره».

وأيضًا، فإن حاجةَ صاحبِ الشَّولِ[١] إلىٰ ذنَبِ حمارِه أعظمُ من حاجة القاضي إلىٰ ذنَبِ حماره؛ لأنَّ حمارَ الشولِ[٢] إذا وقع من ثِقل ما عليه احتاج صاحبُه إلىٰ إمساك ذنبِهِ ليقيمَه به، والقاضي لا يكادُ حمارُه يقع، فلا حاجة به إلىٰ ذنَبِ حماره.

فإذا كان لا يجبُ بقطع ذنَبِ حمار الشول[٣] جميع قيمته، فذنب حمار القاضي أولىٰ أن لا يجب بقطعه جميع القيمة.

فأما الجوابُ عما ذكره مالكٌ، فهو أنَّه يبطل به إذا رشَّش رجلٌ علىٰ ثياب القاضي ماءَ الزعفران حتىٰ تلمعت، أو خَرَق قميصَه، أو ثَقَب فِي ذؤابته ثقبًا، أو قطع سِبَالها، فإنه لا يُحسن بالقاضي أن يلبَسَهَا علىٰ تلك الحال، ومع هذا فلا يجب جميع قيمتها، وكذلك إذا قصَّ بعض لحية القاضي فإنه لا[٤] يجبُ عليه أرْشُ جميع اللحية كذلك.

وأما قولُهُم إنه لا يُمكنه ركوبُها، فغيرُ صحيح؛ لأن قطع ذَنَبِ بغلتِهِ لا يمنعُه مِن ركوبِها كما لا يمنعُه قطعُ أذنِها، ولا قلعُ عينها؛ فبطل ما قالوه.

• فَصْلٌ •

وقال أبو حنيفة: كلُّ بهيمةٍ ينتفع بها من جهتين، فإن أرش عينها يتقدر، فيجب فِي إحدى عينيها ربع قيمتها، وفِي عينيها نصف[٥] قيمتها، وذلك مثل

---

(١) في (ف): «الشوك» بالكاف، وهو تحريف، والشول: الإبل إذا شولت فلزقت بطونها بظهورها. وشالت الناقة بذنبها: رفعته، وكل شيء مرتفع فهو شائل. وشال الميزان: ارتفعت إحدىٰ كفتيه، والعقرب شائلة بذنبها.. ينظر: العين (٦/ ٢٨٥).

(٢) في (ف): «الشوك»!

(٣) في (ص): «الشولي»، وفي (ف): «الشوكي».

(٤) زيادة ضرورية.

(٥) ليس في (ص)، والمثبت من (ف).

الدابة والناقة والبعير والبقرة فإن كلَّ واحدةٍ من هؤلاء ينتفع به للركوب وللحمل.

واحتج من نصره بما رُوِي عن عمر بن الخطاب ﵁ أنه قضىٰ فِي إحدىٰ عيني الدابة بربع قيمتها[١]، وحُكم عمر مقدَّم علىٰ القياس، وكذلك حُكم كل إمام من أئمة الصحابة وعلمائهم.

ودليلُنا: أنها جنايةٌ علىٰ بهيمة؛ فوجب أن لا يتقدر أرْشُها، الدليل عليه: الجناية علىٰ كلِّ بهيمة ينتفع بها من جهة واحدة.

وأيضًا، فإن كلَّ حيوانٍ لا يتقدر بدلُ رجله ويده؛ وجب أن لا يتقدر بدلُ عينه، الدليل عليه ما ذكرنا.

وأيضًا، فإنه لو تقدر البدلُ لوجب أن يكون فِي إحدىٰ العينين نصف القيمة وفِي العينين جميع القيمة. ألا ترىٰ أن الآدمي لما تقدر بدلُ عينه كان فِي أحد عينيه نصف الدية، وفِي عينيه جميع الدية، وكذلك إذا كان عبدًا فإن فِي أحد عينيه نصف قيمته، وفِي عينيه جميعًا جميع قيمته.

فلما أجمعنا علىٰ أن هذا الحيوان ليس فِي إحدىٰ عينيه نصف قيمته دلَّ علىٰ أن بدل عينه ليس بمقدرٍ.

فأما الجوابُ عن حديثِ عمر، فهو أن ذلك كان أرْشُ ما نقصتْ قيمة الدابة بقلع عينها، وبلغ ربع قيمتها، كما رُوِي عنه أنه قضىٰ فِي العين بخمسين دينارًا[٢]، وقضىٰ فِي الضلع بجمل[٣].

وكما رُوِي عن أبي بكر الصديق ﵁ أنه قضىٰ فِي العين القائمة بثلث

---

(١) أخرج عبد الرزاق (١٨٤١٧) وابن أبي شيبة (٢٧٣٩٥).

(٢) لم نقف علىٰ تخريجه، والله أعلم.

(٣) أخرجه مالك (٣١٩٩) ومن طريقه البيهقي (١٦٣٣٣).

الدية[١]، ولم يكن ذلك تقدير أرش، وإنما هو حكومة بلغتْ هذا المقدار.

فكذلك ههنا، علىٰ أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إنما قضىٰ بذلك فِي عين الدابة، فمن أين لهم أن علة ذلك هو الانتفاع بالحيوان من جهتين، والله أعلم.

وقد ذكرنا الحكم فِي غير الآدمي، فأما الآدمي فعلى ضربين؛ حرٍّ ومملوك.

فأما الحرُّ؛ فلا يضمن باليد صغيرًا كان أو كبيرًا، وإذا جُني عليه يقدر أرْشُ جنايته علىٰ حسب ما بيناه فِي «كتاب الجنايات».

وأما المملوكُ؛ فإنه يُضمن باليد صغيرًا كان أو كبيرًا؛ لأنه مالٌ يجري مجرىٰ سائر الأموال لا ضمان النفوس، فإن ذهب عضو من أعضائه أو تغيرتْ صفة من صفاته؛ وجب أرْشُ ما نقص، ولا يتقدر ذلك.

ومن أصحابنا من قال: يتقدر البدلُ بذهاب ذلك بضمان اليد كما يتقدر ضمان الجناية، وهذا غلط؛ لأنَّ ضمانَ اليد ضمانُ الأموال لا ضمان النفوس، ألا ترىٰ أنه إذا مات فِي يده؛ لم يجب القصاص، ولا الكفارة، ولا تحمل العاقلة قيمتَه، فيكون كتلف البهيمة فِي يده.

فأما إذا جنىٰ عليه، فكل جناية يُقدر فيها أرْشُها من دية الحر يقدر فيها أرْشُها من قيمته كخراج الحرِّ من ديته، وكل جناية علىٰ الحر يجب فيها حكومة؛ وجب فيها علىٰ العبد أرْشُ ما نقص.

وقال مالك: يجب فِي الجناية علىٰ العبد أرْشُ ما نقص إلا فِي المُوضِحة والمُنقلة والمأمومة والجائفة، فإنه يجب فيها أرْشُ مقدر.

وهذا غلط؛ لأن كل جناية لو كانت علىٰ الحر يقدر فيها الأرْشُ من ديته، فإذا كانت علىٰ العبد وجب أن يتقدر فيها الأرْشُ من قيمته؛ الدليل عليه:

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٧٤٤١، ١٧٤٤٢) وابن أبي شيبة (٢٧٦٢١) والبيهقي (١٦٢٧٠).

الشِّجاجُ الأربعُ التي ذكرناها؛ ولأن كلَّ حيوانٍ يقدر أرْشُ شجاجه وجب أن يتقدر أرْشُ أطرافه كالحرِّ.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا فيما مضى أنه إذا قطع يَدَ عبدٍ؛ وجبتْ عليه نصفُ قيمته، فإذا غَصَبَه، فذهبتْ يدُه بأكلةٍ، فإن قلنا إن ضمان اليد كضمان الجناية وجب عليه نصف القيمة وإن قلنا إنه كضمان الأموال، فأرْشُ ما نقص، وأما إذا غَصَبَه فقطع يده، فإن قلنا إن ضمان اليد ضمان الجناية؛ وجب نصف القيمة، وإن قلنا ضمانه ضمان الأموال؛ وجب أكثر الأمرين من نصف القيمة أو أرش ما نقص فأيهما كان أكثر؛ لزمه؛ لأن السببين جميعًا قد وُجِدَا.

• فَصْلٌ •

إذا قطع يَدَيْ عبدٍ؛ لزمه جميعُ قيمتِهِ، وكان لصاحِبِ العبدِ إمساكُ عبدِهِ ومطالبةُ الجاني بجميع قيمتِهِ، وقال أبو حنيفة: إما أن يمسك العبد، ولا شيء عليه أو يسلمه ويطالب بجميع القيمة.

واحتج من نصره بأنا إذا جعلنا له إمساك العبد والمطالبة بجميع قيمته جمعنا له بين البدل والمبدل، وذلك لا يجوز، كما لا يجوز أن يجمع بين الثمن والمثمن، وكما نقول إذا وطئ الأبُ جارية ابنه؛ صارت أم ولده، وزال ملكه عنها، وكان له قيمتها، ولا يجمع بين البدل والمبدل، وكذلك إذا غَصَبَ منه زيتًا، فخلطه بزيتٍ له أجودَ منه لزمه قيمته، وزال ملك المغصوب منه عن زيته، فلا يجمع له بين البدل والمبدل كذلك ههنا.

ودليلُنا: أنه جنىٰ علىٰ مِلْك غيره جنايةً مضمونة، فكان له مطالبته بالأرش مع إمساكه ملكه، أصله: إذا قطع إحدىٰ يديه، ولأنها جنايةٌ لها

أرْشٌ، فلم يجب تسليم المجني عليه فِي مقابلة الأرش، الدليل عليه: إذا قطع إحدىٰ يديه، وإذا قطع يدي حرٍّ، وإذا قطع يدي مُدَبَّر، وأم ولد، وإذا قطع جماعة يدي عبد.

وأيضًا، قال الشافعي[١] ولأنه إذا لم يلزم تسليمُ العبد المجني عليه فِي أحسن حالتي الجاني وهو إذا قطع إحدىٰ يديه كان أولىٰ أن لا يلزمه ذلك فِي أسوأ حالتيه، وهو إذا قطع يديه؛ لأن الإتلاف فِي هذه الحال أكثر، والألم أبلغ.

وأيضًا، فإن ما قاله أبو حنيفة يؤدي إلىٰ الإضرار والفساد علىٰ المسلمين فِي أموالهم؛ لأنَّ الرجلَ إذا هوىٰ جاريةَ رجلٍ ولم يزوجها منه ولم يملكه إياها، توصل إلىٰ قطع أذنيها، فلا يكون لصاًحبها إلا أحد أمرين: إما أن يمسكها بلا أرش، أو يطالب بالأرش، فيحتاج إلىٰ أن يسلم الجارية إلىٰ الجاني عليها، وإذا كان مذهبُه يؤدي إلىٰ هذا الفساد كان فاسدًا.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم على الثمنِ والمثمنِ، فهو أنَّا لا نسلِّم أنه يجمع بين البدل والمبدل؛ لأن الذي يأخذه إنما هو بدل اليدين، وليس هو بدل النفس، واليدان قد تلفتا فذهب المبدل بجنايته، ولزمه البدل.

فإن قيل: بل هو بدل النفس بدليل أن النفس تُقَوَّمُ.

فالجوابُ أن النفس إنما تُقَوَّم لإيجاب أرش اليد؛ لأن الشرع أوجب فيهما مقدار أرش النفس كما إذا قطع يدي حُرٍّ أخذتْ منه دية النفس بدلًا من اليدين، وكذلك إذا أتلف عليه ثوبًا، فاتفقا علىٰ ثوبٍ بعينه أنه مثل الثوب المتلف، فإنه يُقَوَّم، ويلزمه مقدار تلك القيمة، ولا يقولُ أحدٌ إنه بدل ذلك الثوب الذي هو مثل الثوب المتلف، فكذلك ههنا، علىٰ أن هذا يبطل

---

[١] الأم (٣/ ١٨٣).

بالمسائل التي ذكرناها، وهو إذا قطع يديه جماعة، وإذا قطع يدي مُدَبَّر أو أم ولد أو يدي حرٍّ أو إحدىٰ يدي عبد.

وأما الأصولُ التي ذكروها، فلا يصحُّ القياسُ عليها، وأما الثمنُ والمثمنُ فإنما لم يَجُزِ اجتماعُهما لأحد المتعاقدين؛ لأنه لا يجوز أن يجمع له بين بعض الثمن وبدله، وفِي مسألتنا جمعنا له بين إمساك العبد وأخْذِ نصف قيمته، فكذلك يُجمع له بين إمساكه وأخْذِ جميع قيمته.

وأما الجارية يطؤها أبو سيدها، ففيها قولان؛ **أحدهما**: لا تصير أم ولد له، **والثاني**: أنها تصير أم ولد له، فعلىٰ هذا نقول الذي يلزمه قيمتها؛ لأن القيمةَ بدلُ نفسها، فلم يجمع له بين البدل والمبدل، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأن الذي يلزمه بدل اليدين لا بدل النفس علىٰ ما بيناه.

وأما مسألة الزيت، ففيها قولان أيضًا؛ **أحدهما** أنهما مشتركان فِي الجملة فيباع ويقسم الثمن علىٰ قدر القيمتين بينهما. **والثاني**: يصير فِي حكم المستهلك فيجب عليه بدله، فعلىٰ هذا يأخذه بدل الزيت، فلم يجمع له بين البدل والمبدل، ألا ترىٰ أنه لا يجوز أن يجمع له بين جملة أحدهما وبعض الآخر، وفِي مسألتنا يجمع له بين جملة أحدهما وبعض الآخر فلذلك جاز الجمع بين الجملتين، وإن شئتَ قلبْتَ العلة، فقلتَ: فوجب أن يستوي فيه الجملة والبعض، أصله: ما ذكروا.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ **قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وإِذَا شَقَّ رَجُلٌ لِرَجُلٍ ثَوْبًا صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا فَأَخَذَ مَا بَيْنَ[1] طَرَفَيْهِ طُولًا وَعَرْضًا)[2] الفصل إلى آخرِه.**

(١) ليس في (ص).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٦).

وهذا كما قال.. إذا جنىٰ علىٰ ثوب رجل فخرقه؛ لزمه أَرْشُ ما نقص بالخرْقِ سواء كان الخرْقُ يسيرًا أو كبيرًا، وليس له إلا ذلك.

وقال أبو حنيفة: إن كان الخرْقُ يسيرًا فله أَرْشُه، وإن كان كبيرًا فهو بالخيار بين أن يمسكه ويأخذ أرش ما نقص، وبين أن يسلمه إلىٰ الجاني ويطالبه بجميع قيمته.

واحتج من نصره بأن قال: هذه جنايةٌ أذهبتْ معظم منفعته، فكان له المطالبة بجميع قيمته [كما لو قتل شاة له.

ودليلُنا أنها جنايةٌ علىٰ مال أرشها دون قيمته][(١)] فلم يكن له المطالبةُ بجميع قيمته؛ الدليلُ عليه إذا كان الخرْقُ يسيرًا.

فأما الجوابُ عما ذكروه، فهو أن نقول: هذا موضوعُه فاسدٌ؛ لأنه إذا أتلفتْ معظم المنفعة؛ وجب أن لا يلزمه إلا معظم القيمة فأما جميعُ القيمة فيجب بدل ما لم يتلفه لإتلاف شيء آخر فلا، وهذا مخالف للأصول.

فإن قيل: قد قلتم: إذا أعتق شقصًا له فِي عبد؛ لزمه قيمةُ الباقي فأوجبتم قيمة شيء لم يتلفه لإتلاف شيء آخر.

فالجوابُ: أن ذلك قيمة ما أتلفه؛ لأن عتقه ذلك الشِّقص يسري إلىٰ جميع العبد، وعلىٰ القول الآخر يعتق بأداء القيمة، فعلىٰ هذا يُقَوَّم عليه؛ لأنه صيره فِي حكم التالف، فعلىٰ القولين ليس ههنا إيجابُ بدل شيءٍ لإتلاف شيءٍ آخر، ثم المعنىٰ فِي الأصل أنه أتلف جميع الشاة؛ لأنها صارت ميتة، وزال ملكُه عنها، فلزمه جميعُ القيمة لأجل ذلك، وفِي مسألتنا ما أتلف الجميع، وإنما أتلف البعض، فينبغي أن لا يلزمه إلا بعض القيمة.

فإن قيل: فينتفع بشعرها.

---

(١) ليس في (ص).

قيل: شعرُها نجسٌ عندنا، ولا يمكنُ تطهيرُه بحال، فبطل ما قالوه، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﵁: (وَلَوْ غَصَبَ جَارِيَةً تُسَاوِي مِائَةً فَزَادَتْ فِي يَدَيْهِ بِتَعْلِيمٍ مِنْهُ وَبِسِمَنٍ وَاغْتِذَاءٍ مِنْ مَالِهِ حَتَّى صَارَتْ[1] تُسَاوِي أَلْفًا ثُمَّ نَقَصَتْ حَتَّى صَارَتْ تُسَاوِي مِائَةً، فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَتِسْعَمِائَةٍ)[2].

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَ جاريةً تساوي مائة درهم، فسمنتْ فِي يده حتىٰ صارت تساوي ألفًا، ثم ذهب سمنها، فعادت قيمتُها مائة درهم ثم ردها إلىٰ المغصوب منه؛ وجب عليه ضمانُ قيمة الزيادة بالسِّمن، وهو تسعمائة.

وكذلك إذا علَّمها الغاصبُ صنعة زادت بها قيمتها، ثم نسيتها، فعادت قيمتها ناقصة.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمُه ذلك، بل يردها من غير أن يرد معها أرش نقصان الزيادة.

واحتج من نصره بأنه ردَّ الجارية كما أخذها فلم يلزمه ضمان، الدليلُ عليه إذا رَدَّها، ولم تكن زادت فِي يده.

قالوا: ولأن هذه الزيادة حصلتْ فِي يده بغير فعله، وتلفتْ بغير فعله، قبل مطالبة من له الحق، فلم يلزمه ضمانها؛ أصله: إذا هبتِ الريحُ بثوب إلىٰ داره، وتلف ذلك الثوب فِي داره، فإنه لا يضمنه، فكذلك هذا.

---

(١) زيادة ضرورية، وثبتت في المختصر والماوردي.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٦).

قالوا: ولأن هذه الزيادة لم يقع عليها القبض، فلم يضمنها كزيادة السوق؛ فإنه لو غَصَبَ جارية تساوي مائة، ثم قلَّ الجَلَبُ فعَزَّتِ الجواري، وصارتِ الجارية تساوي ألفًا، ولم يردها حتىٰ كثر الجَلَبُ، فعادت قيمتها مائةً، فإنه يردها، ولا شيء عليه.

ودليلُنا: أنها زيادةُ عينٍ نُهي عن إمساكها، فوجب أن تكون مضمونة علىٰ من يلزمه الضمانُ، الدليل عليه: إذا طالبه بردِّها فلم يرد حتىٰ نقصت، فإن أبا حنيفة وافقنا أنه يردها وما نقص من قيمتها لنقصان الزيادة، وأصله أيضًا: الزيادة الموجودة.

وقولنا: (**زيادة عين**) احترازٌ من زيادة السوق.

وقولنا: (**نُهي عن إمساكها**) احترازٌ من زيادة عين الوديعة.

وقولنا: (**على من يلزمه الضمان**) احترازٌ من العبد إذا غَصَبَ من سيده عينًا، فزادت فِي يده، ثم نقصت، فإنه يردها ولا شيء للسيد عليه؛ لأن العبد لا يلزمه ضمان مال من أموال سيده.

وأيضًا، فإنها زيادةُ عينٍ مضمونةٍ يضمنُها بالإتلاف؛ فوجب أن يضمنها بالتلف فِي يده، أصله: ما ذكرنا.

وفيه احترازٌ من زيادة السوق ومن الزيادة فِي عين الوديعة، واحترازٌ من الأمة إذا كانت حاملًا بحرٍّ؛ لأنَّ الحرَّ لا تثبتُ عليه اليد، فإذا تلف بغير إتلافه؛ لم يضمنه، ولأنها زيادة يضمنها المبتاع من الغاصب، فجاز أن يضمنها الغاصب أصله الزيادة الموجودة.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أنه قبضها فحصلتْ فِي يده بقبضه، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأنها حصلتْ فِي يده من غير قبضٍ، فلهذا لم يلزمه

ضمانها، **فالجواب**: أنه لا فرق بين المسألتين؛ لأنه قابضٌ لها بعد حدوثها ومستديمٌ لذلك القبض، واستدامة القبض بمنزلة الابتداء، ثم هذا باطل عليهم به إذا طالبه بالرد، فلم يرد، فإنه يضمنها وإن كان لم يقبضها.

وقياس آخر: وهو أنها زيادة لو كانت موجودةً؛ ضمنها، فإذا حدثتْ جاز أن يضمنها، أصله: زيادة الصيد الذي صاده المحرم.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الصيد أن صاحبه هو الله سبحانه مطالِبٌ له فِي كل وقتٍ بإرساله، فإذا لم يفعل ضمنه، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإن المغصوب منه هو صاحب الجارية لم يطالبه بالرد والتسليم، فلهذا لم يضمنه.

قيل المطالبة فِي المسألتين موجودة من صاحب المال؛ لأن الله تعالىٰ مالكٌ لجميع الأعيان وإنما جَعَلَ إلىٰ الآدميين التصرف فِي بعضها دون بعض، وحقه مع ذلك ثابتٌ فِي جميعه.

ألا ترىٰ أنه إذا أمر فِي عين من الأعيان بشيء أو نهىٰ فيها عن شيء لم يكن للآدمي الذي العينُ فِي يده مخالفتُه، وإذا كان كذلك، فالله تعالىٰ مطالِبٌ بردِّ المغصوب كما هو مطالب بإرسال الصيد ثم لا اعتبار بالمطالبة.

ألا ترىٰ أن الصيد مضمون علىٰ المحرم، وإن كان لا يمكنه إرسالُه وتخليتُه لسببٍ وعذرٍ؛ لأن الله تعالىٰ غير مطالِبٍ له بالتخلية فِي تلك الحال.

وأما الجوابُ عن قياسِهم عليه إذا لم تزد فِي يده، فهو أنه يَبطل به إذا طالبه بالرد، فلم يرده، ثم المعنىٰ فِي الأصل أنه يردها علىٰ الحالة التي كانت عليه فِي يده، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأنه لم يردها علىٰ الحالة التي كانت عليها فِي يده فلهذا لزمه الضمان مع الرد.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الثوب إذا هبتْ به الريح إلى داره فتلف قبل العلم بصاحبه؛ فهو أنه يبطل بما ذكرنا من زيادة الصيد، ثم المعنىٰ فِي الأصل أن الثوب حصل فِي يده بغير فعله، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإنه حصل فِي يده بفعله، فلهذا لزمه الضمان، ووِزانُ ذلك من مسألة الريح أن ينصب منفخة فِي أصل ثوب ثم ينفخ بها الثوب فيحصل فِي داره، فإنه يلزمه الضمان إن تلف؛ لأن ذلك بفعل منه.

فإن قيل: لا فرق بينهما؛ لأن حصول الثوب فِي داره بهبوب الريح كان بفعله، وهو بناؤه للدار.

قلنا: البناء ليس بسبب لحصول الثوب فِي داره وإنما سبب ذلك الريح.

ألا ترىٰ أن موضع الدار، وإن لم يكن فيه بناء فإن الريح تطرحه فيه أو تطرحه فِي موضع آخر؛ لأنه لا بد من أن تطرحه علىٰ الأرض، فبان بذلك أنه حصل بغير فعلٍ منه.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على زيادة السوق، فهو أنه يبطل به إذا طالبه بالرد فلم يرد، ثم المعنىٰ فِي زيادة السوق أنها لو كانت موجودة لم يضمنها فكذلك إذا حدثت، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأن هذه الزيادة إذا كانت موجودة ضمنها، فكذلك إذا حدثتْ، أو المعنىٰ فِي تلك الزيادة أنه لا يضمنها المبتاع من الغاصب فلم يضمنها الغاصب، وهذه الزيادة يضمنها المبتاع من الغاصب فضمنها الغاصب، أو المعنىٰ فِي زيادة السوق أنها ليستْ بزيادة عينٍ، وفِي مسألتنا هي زيادة عين، فلهذا وجب ضمانها.

إذا ثبت هذا، فإن غَصَبَ جارية تساوي مائة فتعلمتْ صنعة فبلغتْ قيمتُها ألفًا، ثم إنها نسيتِ الصنعة، ورجعتْ قيمتها إلىٰ مائة وردَّها، وجب عليه ضمانُ ما نقصتْ قيمتها بذهاب الصنعة، فأجرىٰ الشافعيُّ الصنعةَ مجرىٰ

السِّمن، وإنما كان كذلك؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما متعلقٌ بعين المغصوب؛ لأن العلم عَرَضٌ والسِّمن جسمٌ، وكلاهما متعلقٌ بعين المغصوبة، ولهذا فارق زيادة السوق، ولأنها لا تتعلق بالعين إذ ليست عرضًا من أعراض العين، ولا جسمًا منها، وإنما تحصلُ هذه الزيادة برغبة الناس وطلبهم، وتذهبُ بقلة رغبتهم، وكلُّ ذلك لا يتعلق بالعين، ولا يختص بها، فلهذا لم تكن مضمونة.

فرع

إذا غَصَبَ جاريةً قيمتها مائة، فسمنتْ، وبلغتْ قيمتها ألفًا، ثم هزلت، فعادت قيمتُها إلىٰ مائة، ثم تعلمتْ صنعةً، فبلغتْ قيمتها ألفًا ثم نسيتها، فعادتِ القيمة مائة، فإنه يردُّها، ويردُّ أرش ما نقصتْ بذهاب السِّمَنِ وهو تسعمائة وبذهاب الصنعة وهو تسعمائة؛ لأنهما زيادتان مختلفتان؛ فوجب أرشُهما معًا.

وأما إذا كانتِ الزيادتان من جنسٍ واحدٍ، وهو أن تكون قيمتُها مائة وتسمنُ فتبلغ ألفًا، ثم تهزل فتبلغ مائةً، ثم تسمن فتبلغ ألفًا، ثم تهزل فترجع إلىٰ المائة؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجبُ عليه إلا تسعمائة واحدة؛ لأن السِّمن الثاني هو الأول، ولكنه عاد ثم ذهب.

والثاني: يجبُ عليه الأرشان معًا؛ فيلزمه بدلًا عن كلِّ واحدٍ منهما تسعمائة؛ لأن أجزاء السِّمن الثاني غير أجزاء السِّمن الأول، فجرىٰ السِّمَنان لاختلافهما مجرىٰ السِّمن والصَّنْعة.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: وهذه المسألة مبنية علىٰ مسألة السِّنِّ إذا قُلِعت، وأخذ المجني عليه الأرش، ثم عادت ففيها قولان؛ **أحدهما**: يرد الأرش؛ لأن

السِّنَّ عادت كما كانت، **والثاني**: لا يرد؛ لأن ذلك ابتداء هبة من[(١)] الله تعالىٰ، وليست هي التي تلفت، وإنما هي غيرها.

فرع

إذا غَصَبَ جاريةً سمينةً مفرطةً فِي السِّمن قيمتها ألف درهم، ثم نقص سِمَنُها فِي يد الغاصب حتىٰ اعتدلتْ والقيمة بحالها أو زادت قيمتها بذلك فإنه يردها، ولا شيء عليه فِي مقابلة ما ذهب من السِّمن؛ لأن ضمان الجزء الناقص إنما يجب إذا نقصتِ القيمة به؛ لأنَّا نغرمه أرش ما نقص فإذا لم تنقص القيمةُ لم يجب شيء.

فإن قيل: فقد قلتم: إذا غَصَبَ عبدًا قيمته ألف درهم فخصاه، فزادتْ قيمتُه إنه يرده ويرد أرش الجناية، فما الفرقُ بين المسألتين؟ **فالجوابُ**: أن الشرع قد جعل فِي الخِصْيتين مقدارًا مقدَّرًا فلا يراعىٰ فيه نقصان القيمة، فلهذا وجب وإن زادتِ القيمة، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأنه يراعىٰ فيه نقصان القيمة، فإذا لم تنقص؛ لم يجب الضمان، وإذا ثبت هذا صح قولُنا، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ **قال الشافِعِيُّ** ﷺ: **(وَإِنْ كَانَ الْمَغْصُوبُ دَابَّةً فَشَغَلَهَا الْغَاصِبُ أَوْ لَمْ يَشْغَلْهَا أَوْ دَارًا فَسَكَنَهَا [أَوْ أَكْرَاهَا]**[(٢)] **أَوْ لَمْ يَسْكُنْهَا، أو لَمْ يُكْرِهَا؛ فَعَلَيْهِ كِرَاءُ مِثْلِ كِرَاءِ ذَلِكَ مِنْ حِينِ أَخَذَهُ حَتَّى يَرُدَّهُ)**[(٣)].

---

(١) ليس في (ص).

(٢) ليست في (ص، ف)، والمثبت من المختصر والماوردي.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٦).

وهذا كما قال.. المنافع عندنا تضمن بالغصْبِ، فإذا غَصَبَ عينًا لها منفعة كالثوب والدابة والعبد والدار، ومضت لها أجرة؛ لزمته أجرة المثل سواء انتفع بها الغاصبُ أو لم ينتفع.

وقال أبو حنيفة: لا تُضمن المنفعة بالغصْبِ سواء انتفع بها الغاصب أو لم ينتفع.

واحتج من نصره بقولِهِ ﷺ: «الخراجُ بالضمان»(١) فجعل الغلةَ والمنفعةَ متعلقةً بضمان القيمة، والغاصبُ ضامن لقيمة المغصوب، فكان له عليه منفعتُه، وإذا كان ذلك له لم يلزمه ضمانه، ولأنها منفعةٌ استوفاها بغير عقد، ولا شُبهة عقد، فلم يلزمه ضمانُها، كما لو زنىٰ بامرأة لم يلزمه مهرُها، ولأنها نوع منفعة، فوجب أن لا يضمن بالغصْبِ كمنفعة البضع، فإنه لو أمسك أمة غَصَبَها مدة ثم ردها؛ لم يلزمه ضمانُ منفعة بُضْعها، ولأنها منفعةٌ تُضمن بعقد الإجارة، فوجب أن لا تُضمن بالغصْبِ، الدليل عليه: منفعةُ الحر، ولأن المنفعة لو كانت تُضمن كما تُضمن العين لوجب علىٰ المغرور فِي النكاح إذا زوَّج امرأة علىٰ أنها حرة فبان أنها أمة أن يلزمه ضمانُ منفعة الولد الذي أتلف رقه باعتقاده كما وجبت قيمته عليه، وفِي إجماعنا علىٰ أنه لا يجب عليه ضمان تلك المنفعة دليل علىٰ ما قلتم.

قالوا: ولأن المنفعة لو كانت تجري مجرىٰ العين فِي الضمان لوجب إذا تبرع المريضُ مرضًا مخوفًا بعملٍ لإنسان ثم مات أن يكون لورثته الرجوعُ علىٰ المعمول له بثلثي قيمة العملِ؛ لأن تبرعه لا ينفذ إلا فِي الثلث كما لو تبرع بعينٍ من أعيان ماله.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨)، والترمذي (١٢٨٥)، والنسائي (٤٤٩٠)، من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

ودليلُنا قولُه تعالىٰ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] فأوجب المثلَ، والمثلُ فِي الشريعة علىٰ ضربين: مثلٌ من طريق الصورة، ومثلٌ من طريق القيمة، وقد تعذر المثلُ من طريق الصورة ههنا فوجب المثلُ من طريق القيمة؛ ولأن كل ما ضمن بالإتلاف فِي العقد الفاسد؛ جاز أن يضمن بمجرد الإتلاف؛ الدليل عليه: الأعيان.

ولا يدخُلُ عليه منفعة البُضع؛ لأنها تُضمن بمجرد الإتلاف، وهو إذا استكرهها حتىٰ وطئها، ولا يدخُلُ عليه منفعة الحر؛ لأنها تُضمن، وهو إذا استكرهه حتىٰ عمل له، ولا يدخُلُ عليه الحربي إذا أتلف منافع غيره؛ لأن التعليل لم يقع للأعيان، وإنما وقع لإيجاب الضمان فِي الجملة، وتلك المنفعة مضمونةٌ علىٰ غيره بمجرد الإتلاف وإن لم تكن مضمونةً عليه، ولأن المنافع تجري مجرىٰ الأعيان بدليل أنها تُضمن بالعقْدِ الصحيح والفاسد، وتصح الوصية بها، والأعيانُ تضمن بالغصْبِ، فكذلك المنافع، ولأنه إذا استعار ثوبًا واكتراه ليلبسه فحمل فيه ترابًا؛ لزمه ضمان ما ذهب بذلك الاستعمال من المنفعة، فكذلك ههنا، وكذا لو اكترىٰ دارًا للسكنىٰ فدق فيها الثياب وقصرها فيها؛ لزمه ضمان التي تلفت بذلك، وكذلك ههنا.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أنه واردٌ فِي غلة المبيع يستوفيها المشتري، ثم يجد بالمبيع عيبًا، فيرده، ويمسك الغلة، والغصْبُ بخلاف ذلك، والذي يدل عليه إجماعُنا علىٰ أن الغلة لا تكون للغاصب؛ لأن علىٰ مذهبكم لا يملكها وعليه أن يتصدق بها.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الربا فمن وجوه:

أحدها: أنه ينتقض برد الآبق؛ لأنه إذا رد عليه عبده الآبق استحق عليه أجرة المثل علىٰ قول أبي حنيفة، وليس هناك عقد، ولا شبهة عقد.

والثاني: أنه يُنتقض أيضًا بالأب إذا وطئ جارية ابنه، فإنه يلزمه مهر المثل، وليس هناك عقد، ولا شبهة عقد.

والثالث: أن المعنىٰ فِي الأصل أن المرأة رضيتْ بإتلاف منفعة بُضْعها من غير بدلٍ، فلهذا لم يجب لها البدل، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأن صاحب المنفعة لم يرضَ بإتلافها؛ فلهذا لزمه بدلها، والذي يبين هذا أنه إذا أذن له فِي إتلاف عينٍ من أعيان أمواله، فأتلفها، لم يلزمه ضمانها، ولو غَصَبَها لزمه ضمانُها.

فإن قيل: قد قلتم إن المُفَوِّضَةَ بُضْعها إذا وطئها الزوج؛ وجب المهر لها، وقد رضيت بالوطء من غير بدلٍ، **فالجواب**: أن ذلك المهر إنما وجب لتقدم العقد الذي هو موضوعٌ لاقتضاء العوض، ووطؤه إياها بذلك العقد، فلهذا وجب المهر، فأما إذا زنىٰ بها فقد رضيتْ بإتلافِ منفعتها بغير عوض، وليس هناك عقد سابق يقتضي العوض.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على منفعة البُضع، فهو أن المعنىٰ فِي الأصل أنها لا تتقدر بالزمان فلم تفُتْ بمضيه، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأن منافع الأعيان تتقدر بالزمان، وتفوتُ بمضيها، فلهذا لزمه ضمانها، أو المعنىٰ فيها أنه لا يمكن تقويمُها وتقديرُها، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإن هذه المنافع يمكن تقديرُها وإيجابُ البدل فيها، فلهذا وجب ضمانُها، أو المعنىٰ فيها أن يد الغاصب لا تثبتُ عليها، ألا ترىٰ أن للمغصوب منه أن يُزوِّج جاريته المغصوبة سواء قدر الزوجُ علىٰ تسلُّمها من الغاصب أو لم يقدر، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن يد الغاصب تثبتُ علىٰ منافع الأموال، فإذا تعدىٰ

فيها؛ لزمه ضمانُها.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على منفعة الحر، فهو أنه يُنْظر، فإن كان استكرهه علىٰ العمل؛ لزمه ضمان منفعته، فعلىٰ هذا لا نسلِّم، وإن لم يكن استكرهه فقد حكىٰ أبو علي بنُ أبي هريرة عن بعض أصحابنا أنه قال: يلزمه ضمانُها، والمذهبُ الصحيحُ أنه لا يلزمُه ضمانُها، فعلىٰ هذا الفرقُ بينهما أن منفعة الحر تحت يده فلا تثبت عليها يد الغاصب، ألا ترىٰ أنه إذا حبس حرًّا فسُرقت ثيابه، لم يلزمه ضمانُها، ولو حبس عبدًا فسُرقت ثيابه؛ لزمه ضمانُها، والفرقُ بينهما ما ذكرناه.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على ولد الجارية إذا وطئها زوجها المغرور، فهو أنه يضمن قيمته؛ لأنه أتلف رقَّه علىٰ سيدها، وما ضمن بالإتلاف من الأعيان فإنه لا يضمن منافعه، ألا ترىٰ أنه[1] إذا قتل عبدًا لرجلٍ؛ ضمن قيمته، ولم يضمن منفعته.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن المريض إذا تبرع بالعمل؛ لم يرجع الورثة على المعمول له بشيء؛ فهو أنه إنما لم يرجعوا بشيء من ذلك؛ لأن منافعه لا تنتقل إليهم بموته، وما لا ينتقلُ إليهم بموته فلا رجوعَ لهم علىٰ من يحصلُ له بشيء من بدله، ألا ترىٰ أنه إذا أعتق أمَّ ولده فِي مرضه ثم ماتَ؛ لم يرجع الورثةُ عليها بشيء [وإن كان قيمتها أكثر من ثلث ماله، وكذلك إذا طلق امرأته لا يرجعُ عليها بشيء][2] من بدل بُضْعها، والله أعلم.

---

(١) زيادة ضرورية.

(٢) ليس في (ص)، والمثبت من (ف).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَكَذَلِكَ هَذَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ)(١).

وهذا كما قال.. إذا ابتاع جاريةً بيعًا فاسدًا وتسلَّمها، وزادت فِي مدة ثم نقصت وردها علىٰ صاحبها أو تلفت فِي يده فما حكمها؟ قال أبو علي بن أبي هريرة: إذا ردها قد نقصت فإنه لا يجبُ عليه ضمانُ الزيادة التي ذهبت فِي يده، وإن تلفتِ الجارية فِي يده؛ لم يلزمه قيمتها إلا(٢) وقتَ التلف، ووجه هذا: أنه أمسكها بإذنه فهو كالعارية.

والمذهبُ أن حُكمها حُكْمُ الجارية المغصوبة فِي التفصيل الذي ذكرناه؛ لأن الشافعيَّ عطف مسألة البيع علىٰ مسألة الغصْبِ، ووجه هذا(٣): أنها زيادة عين نُهي عن إمساكها، فلزمه ضمانُها كزيادة المغصوبة؛ لأن المبتاع بيعًا فاسدًا مأمورٌ برده فِي جميع الأحوال، ويفارقُ العارية؛ لأن المستعير يمسكها بإذن صاحبها، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأنه إنما أذن له فِي الإمساك بشرط أن يسلِّم له العوض المسمىٰ، فإذا كان الإذن فِي الإمساك متعلقًا بذلك، ولم يسلِّم له العوض؛ بطل الإذنُ.. الذي يدل علىٰ هذا أنه يضمن أجرة المنافع والمستعير لا يضمن ذلك؛ لأنه إذا تصرف فِي المبيع بيعًا فاسدًا بهبة أو بيع أو عتق لم ينفذ تصرفه، فلو كان الإذن قائمًا لنفذ تصرفُه كما ينفذ تصرُّفُه فِي البيع الصحيح .. هذا ظاهرُ قول الشافعيِّ علىٰ ما حكينا، وأبو عليُّ بنُ أبي هريرة تأول كلام الشافعي وأنه عطفه علىٰ الغصْبِ بوجوب ضمان الأصل، فإنه يضمن فِي البيع الفاسد كما يضمن فِي الغصْبِ.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٦).

(٢) ليست في (ف).

(٣) زيادة ضرورية.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَالْحُكْمُ فِي وَلَدِهَا الَّذِينَ وُلِدُوا فِي الْغَصْبِ كَالْحُكْمِ فِي بَدَنِهَا[١])[٢].

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَ جاريةً حاملًا ضمنها وضمن حمْلَها، وكذلك إذا غَصَبَها حائلًا ثم حملتْ فِي يده؛ ضمن حملَها، وكذلك ما عدا الحمل من أنواع النماء.

وقال أبو حنيفة: لا يضمنُ الغاصبُ الحملَ فِي الحالتين جميعًا.

واحتج من نصره بأن قال: الحملُ حصل فِي يده بغير فعله، [فإذا تلف بغير فعله][٣] قبل المطالبة برده؛ لم يلزمه ضمانه، الدليلُ عليه: الثوبُ تهبُّ به الريح إلىٰ داره وأيضًا، فإن الحمل لا تثبت عليه يد، ألا ترىٰ أن كلَّ عقدٍ تفتقرُ صحتُه أو لزومُه إلىٰ القبض - مثل الهبة والرهن - فإنه لا يصح فِي الحمل، وما لا تثبت عليه اليد لا يصح غصْبُه.

وأيضًا فإن الغصْبَ إنما يكونُ بنقل المغصوب، ألا ترىٰ أنه لو قعد علىٰ جذع لغيره أو أمسك قميصه لم يصِرْ غاصبًا له؛ لأنه لم ينقله عن موضعه، وإذا كان الغصْبُ متعلقًا بذلك؛ لم يصِر الحملُ مغصوبًا؛ لأنه ما نقله عن موضعه.

ودليلُنا أنه نماءٌ ليس له حدث فِي يده عن أصل مضمون عليه بيد متعدية، فوجب أن يضمنه، الدليل عليه: حَمْلُ الصيد الذي يصطاده المحرم.

وإنما قلنا «نماء» ولم نقل «ولد»؛ لأنه لا فائدة لتخصيص الولد؛ لأنه وغيره سواء فِي الضمان.

---

(١) بياض في (ص)، والمثبت من (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٦).

(٣) ملحق بحاشية (ف) ومصحح.

وقولنا (ليس) احترازٌ من الحمل الموصىٰ له به دون الأم إذا غَصَبَ الأم.

وقولنا: (ليس له) ولم نقل (لغيره) لأن حملَ الصيد ليس له، ولا لغيره من الآدميين بل هو مباح.

وقولنا: (حدث فِي يده) احترازٌ من الحمل إذا انعقد حرًّا؛ لأن اليد لا تثبت عليه.

وقولنا: (عن أصل مضمونٍ) احترازٌ من الوديعة.

وقولنا: (بيد متعدية) احترازٌ من الوديعة، تكون فِي يده بعد أن جنىٰ عليها، وأُودعت عنده؛ لأنه لا يضمن ولدها؛ لأن ضمان الأصل ضمان الجناية لا باليد.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أن الله تعالىٰ مطالِبٌ له بإرسال الصيد فِي كلِّ وقت، فلهذا ضمنه وفِي مسألتنا بخلافه.

فالجواب عنه قد مضىٰ.

ويدلُّ عليه أيضًا أن كلَّ ما وجب ضمانُه إذا كان خارج وعائه؛ وجب ضمانُه إذا كان فِي وعائه؛ كالدرة فِي الصدفة، والدنانير فِي الكيس، والثياب فِي الصندوق، ويدل عليه إذا تلفتِ الجاريةُ المغصوبةُ فِي يده وهي حاملٌ؛ لزمته قيمتُها حاملًا، وذلك يدلُّ علىٰ أن الحَمْلَ مضمونٌ.

والذي يؤكِّد هذا أنه إذا كان الحملُ له والبهيمةُ لغيرِهِ مثل أن يوصىٰ له بالحملِ فتلفتِ البهيمةُ فِي يده؛ لزمه قيمتُها حاملًا[1]، ولو كانتِ البهيمةُ لرجل والحمْلُ لآخر وجب لصاحبِ البهيمةِ قيمتُها حائلًا، ولصاحب الحمْلِ قيمة الحمل.

---

(١) في (ص، ف): «حائلًا» وهو غلط.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم على الثوب تهب به الريح، فقد مضىٰ.

وأما قولهم إن الحمل لا تثبت عليه اليد، فالجواب عنه أن الحملَ تثبتُ عليه اليد، بدليل أن البهيمة إذا تلفت؛ وجب عليه ضمانُها حائلًا، وإنما لم يصح عقد الرهن والهبة علىٰ الحمل؛ لأنه مجهول، وهبةُ المجهول ورهنُه لا تصح، ألا ترىٰ أنه لا يصح بيعُه، وإن كان صحة البيع ولزومه لا يفتقر إلىٰ القبض.

وأما قولُهُم إن الغصب إنما يكون بالنقل، فالجواب: أنه يبطل بالدرة[1] فِي الصدفة، والدراهم والدنانير فِي الكيس، والطعام فِي السفينة إذا سيَّرها، فإنه يضمن الطعام وإن كان لم ينقل الطعام عن محله، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال: (وَلَوْ بَاعَهَا الْغَاصِبُ فَأَوْلَدَهَا الْمُشْتَرِي ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا الْمَغْصُوبُ أُخِذَ مِنَ الْمُشْتَرِي مَهْرُهَا)[2] إلى آخر الفصل.

وهذا كما قال.. وذكر الشافعيُّ فِي هذه الجملة مسألتين؛ **إحداهما**: إذا غَصَبَ جاريةً، فباعها، وأولدها المشتري، وهي المسألة الأولىٰ، **والثانية**: إذا وطئها الغاصبُ ولم يبعها، ونحن نذكر أولًا المسألة الثانية، ثم نرتب عليها الأولىٰ.

فإذا غَصَبَ جارية ووطئها؛ لم تخْلُ حالُها من أحد ثلاثة أحوال؛ إما أن يكونا جاهِلَيْنِ بتحريم الزنا، أو عالمين بذلك، أو كان أحدهما عالمًا والآخر جاهلًا.

---

(١) في (ص): «في الدرة».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٦).

فأما إذا كانا جاهِلَيْنِ بذلك، وهو أن يكونا قد نشأا فِي باديةٍ نائيةٍ، أو يكونا قريبي عهد بالإسلام، فإن الحدَّ لا يلزمُهما؛ لأن ذلك شبهة فيه، وقد قال النبي ﷺ: «**ادرءوا الحدودَ بالشُّبهات**»[1] ويجبُ عليه المهر؛ لأن الحدَّ إذا سقط عن الواطئ للشبهة؛ لزمه المهر.

إذا ثبت أن المهر يلزمُه فإن كانت ثيبًا لم يلزمه إلا المهر، وإن كانت بكرًا؛ لزمه أرشُ الافتضاض ومهرُ البكر؛ لأن أرش البكارة ينفرد عن المهر، ألا ترىٰ أنه إذا افتضها بأصبعه؛ لزمه أرشُ البكارة وإن لم يطأها، فلم يدخل أرش البكارة فِي المهر، ويجبُ عليه أجرة مثل منافعها فِي المدة التي أمسكها.

هذا إذا لم يُحْبِلْها، فإن أحبلها فالحكمُ فِي الحدِّ والمهر علىٰ ما ذكرنا.

وأما الولدُ فهو حرٌّ؛ لأنه اعتقد أنه ملكها بالغصْبِ، ولا تجبُ عليه قيمتُه فِي الحال؛ لأن الحمل لا يمكن تقويمه، فإذا انفصل حيًّا؛ لزمته قيمته؛ لأنه أول أحوال التقويم، وإن انفصل ميتًا لم يجب عليه قيمته؛ لأن الحرَّ لا تثبت عليه اليد، فلا يمكن تضمينُه ضمان اليد لذلك، ولا ضمان الجناية؛ لأن انفصاله لم يكن لجناية.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥٤٥)، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعًا».. وأخرجه الترمذي (١٤٢٤)، عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة» وذكره ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٦١١) وقال: هذا الحديث أخرجه أبو مسلم الكجي، عن ابن المقرئ، ثنا محمد بن علي الشامي، ثنا أبو عمران الجوني، عن عمر بن عبد العزيز أن النبي ﷺ قال: «ادرءوا الحدود بالشبهات» وذكره البيهقي في «المعرفة» كذلك فقال: قد روينا عن علي مرفوعا: «ادرءوا الحدود بالشبهات».

فأما إذا ضرب بطنها فأسقطتِ الجنينَ ميتًا؛ كان علىٰ الضارب غرةُ عبدٍ أو أمة؛ لأنه جنينٌ حرٌّ، ويكون موروثًا عنه للأب، ولا شيء للأمة؛ لأنها مملوكة.

وأما المغصوبُ منه فإن له عُشْرَ قيمة أمه - وهو بدل الجنين - إن كان من حقِّه أن[1] يكون رقيقًا له، ولو كان رقيقًا فانفصل بجناية؛ وجب له علىٰ الضارب عُشْرُ قيمة أمه؛ غير أن الغاصب أتلف عليه رِقَّه باعتقاده، فثبتتْ حرمتُه، فكان له الغرة؛ لأجل حريته، وكان له علىٰ الغاصب عُشْرُ قيمة أمه لما أتلفه عليه من رِقِّه واقتراف الجناية إلىٰ ذلك، فإن كان عُشْرُ قيمة الأم مثل قيمة الغرة أخذها السيد، وإن كان أكثر رجع بالزيادة علىٰ الغاصب، وإن كان أقلَّ أخذ مقدار عُشْر قيمة أمه، وكان الباقي لوارث الجنين - وهو أبوه.

هذا إذا كان جاهِلَيْنِ، فأما إذا كانا عالِمَيْنِ بتحريم الزنا، نُظِر:

فإن أكره المرأة علىٰ ذلك كان عليه الحدُّ ولا حدَّ عليها، ويجبُ المهر علىٰ ما ذكرناه[2]، فإن لم يكرهها علىٰ ذلك؛ فعليها أيضًا الحدُّ.

وأما المهرُ فالذي نص عليه الشافعيُّ[3] أنه لا مهر لها لنهي النبي ﷺ عن مهر البغي[4] وهذه بغي.

ومن أصحابنا من قال: يجب المهرُ ولا يسقطُ بمطاوعتها؛ لأنه حقٌّ لسيدها دونها، فلم يؤثر فِي ذلك رضاها، ألا ترىٰ أنها إذا أذنت له فِي قطع طرف من أطرافها فقطعه؛ وجب الأرش، ويفارق الحرة؛ لأن المهر حق لها؛

---

(١) في (ص): «أو».

(٢) وسيأتي قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ أَكْرَهَهَا عَلَىٰ الزِّنَا فَعَلَيْهِ الْحَدُّ دُونَهَا وَمَهْرُ مِثْلِهَا) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٣٦٨).

(٣) الأم (٣/ ١٦٠).

(٤) أخرجه البخاري (٢٢٣٧)، ومسلم (١٥٦٧)، من حديث أبي مسعود الأنصاري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

فإذا أذنت له فِي ذلك ورضيت به أسقطت حقَّها، ألا ترىٰ أنها إذا أذنت فِي قطع طرف من أطرافها؛ لم يكن لها الأرش.

وأما أرْشُ البكارة إن كانت بكرًا، فإنه[١] يجب بكلِّ حال، سواء أكرهها أو طاوعته؛ لأن ذلك بدل جزء من بدنها أتلفه بالجناية، فهو كما لو قطع طرفًا من أطرافها، ولو قطع طرفًا منها وجب الأرش كان ذلك برضاها أو لم يكن، فكذلك ههنا.

هذا إذا لم يُحْبِلْها، فأما إذا أحبلها فالكلامُ فِي الحدِّ والمهر علىٰ ما ذكرنا.

وأما الولدُ فهو رقيق، ولا يلحق نسبه؛ لأن ولد الزنا لا يلحق نسبه بالزاني، فإن انفصل حيًّا ردَّه وردَّها وعليه أجرةُ المثل والمهر وأرشُ البكارة وأرشُ النقصان بالولادة، وإن انفصل ميتًا، فظاهر قول الشافعي أنه يُقَوَّم عليه، فمن أصحابنا من قال: علَّتُهُ أنه[٢] انعقد رقيقًا، فكان فِي يد الغاصب، فضمنه ضمان اليد.

ويفارقُ إذا انفصل ميتًا وهو حرٌّ فِي القسم الأول؛ لأن الحر لا تثبت عليه اليد فإذا لم يكن هناك جناية؛ لم يجب الضمان.

وقال أبو إسحاق: لا يضمنُه؛ لأنه لا يُقَوَّمُ إلا وقتَ الانفصال؛ لأنه وقتَ الحيلولة بينه وبين المغصوب منه، ولا قيمة له فِي ذلك الوقت.

هذا إذا كانتِ الأمةُ باقية، فأما إذا ماتت؛ وجبتْ عليه أجرة المثل والولد علىٰ ما ذكرنا إن كان قد انفصل وعليه قيمتها، ويدخُلُ فيها أرشُ البكارة وأرشُ النقصان بالولادة؛ لأنهما بدلان عن جزء من أجزاء بدنها، فدخل بدلُ

---

(١) في (ص، ف): «فإنها».

(٢) في (ص، ف): «لأنه» وهو تصحيف.

البعض فِي بدل الجملة.

فأما إذا كان أحدُهما جاهلًا والآخر عالمًا، فإن كان الرجلُ عالمًا والمرأةُ جاهلةً، فلا حدَّ عليها، ويجب المهر وباقي الأحكام علىٰ ما ذكرنا إذا كانا عالِمَيْنِ.

وإن كان الرجلُ جاهلًا والمرأة عالمة؛ وجب الحدُّ عليها والحكمُ علىٰ ما ذكرنا من تفصيل المطاوعة والاستكراه، وباقي الأحكام علىٰ ما ذكرنا إذا كانا جاهِلَيْنِ، والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

قد مضى الكلامُ فِي الغاصب إذا وطئ الجارية ولم يبعها، فأما إذا باعها ووطئها المشتري فالحكمُ فيها: يلزمه بما يحدث فِي يده كالحكم فيما يلزم الغاصب بما يحدث فِي يده فصلًا بفصل، إلا فِي شيءٍ واحد، وهو أن المشتري إذا وطئها وادَّعىٰ أنه ما علم أنها مغصوبة فإن ذلك يُقبل منه، والغاصبُ إذا ادَّعىٰ أنه ما علم أن وطء المغصوبة حرامٌ علىٰ الغاصب فإنه لا يُقبل منه إلا أن يكون ناشئًا فِي باديةٍ نائيةٍ أو قريبَ العهدِ بالإسلام؛ لأن ما ادعاه المشتري مثلُه يخفىٰ، ومثلُ ما ادعاه الغاصبُ لا يخفىٰ.

إذا ثبت هذا، فما يحدثُ فِي يد الغاصب من ذَهاب المنافع ونقصان الأجزاء فإن ما يلزمه من الأجرة والأرش يختص به فيطالَبُ به ولا يطالَبُ المشتري بشيء من ذلك؛ لأن ذلك حدث فِي يد الغاصب وهي مضمونةٌ عليه، ولم يدخل بعدُ فِي ضمان المشتري وما لم يدخلْ فِي ضمانه فإنه لا يطالَبُ بضمان أجزائه ومنافعه.

وأما ما يلزم المشتري من أجرة منافع ذهبتْ فِي يده وأرْش أجزاء تلفتْ فِي يده، فإن للمغصوب منه أن يطالب الغاصب به؛ لأنها مضمونةٌ عليه،

وهي فِي يد المشتري؛ لأن الضمان لا يزولُ عنه بتسليمها إلىٰ المشتري، وإنما يزولُ عنه بتسليمها إلىٰ صاحبها أو وكيله.

إذا ثبت هذا، فإذا رجع المغصوبُ منه علىٰ المشتري بشيء ففيه ثلاثُ مسائل: مسألةٌ يرجع فيها قولًا واحدًا، ومسألةٌ لا يرجع فيها قولًا واحدًا، ومسألةٌ اختلف القولُ فيها فِي الرجوع.

فأما ما لا يرجع به قولًا واحدًا، فهو قيمةُ الجارية إن تلفتْ فِي يده، وأرْش أجزائها التي نقصتْ، مثل أرْش البكارة وأرْش النقصان بالولادة، وما أشبه ذلك، وإنما لم يرجعْ به؛ لأنه دخل علىٰ أن تكون مضمونة عليه بالبدل، وما دخل فيه علىٰ أن يكون مضمونًا عليه فإنه لا يرجع به إذا غرمه، وله أن يسترجع الثمن من الغاصب.

وأما ما يرجع به قولًا واحدًا، فهو قيمة الولد؛ لأنه يغرمُها ويرجعُ بها علىٰ الغاصب؛ لأنه ما أتلف رقَّه وإنما حصلتِ الحريةُ بالشرع دون إعتاقه؛ ولأنه لم يحصلْ فِي مقابله بدل، ولأنه دخل علىٰ أن لا يكون مضمونًا عليه، فإذا كان الأمر بخلافه؛ كان له الرجوع.

وأما ما اختلف القول فيه، فهو المهر إذا غرمه فهل يرجع به علىٰ الغاصب فيه قولان:

قال فِي القديم: يرجع به؛ لأنه دخل علىٰ أن لا يكون مضمونًا عليه كقيمة الولد.

وقال فِي الجديد: لا يرجع به؛ لأنه أتلف منفعة البُضع بقلعه، ولأنه حصل له فِي مقابلة ما غرم منفعةٌ بالاستمتاع بها، ويفارق قيمة الولد بهذا؛ لأنه ما أتلف رِقَّه بفعله، ولا حصل له فِي مقابلة ذلك بدلٌ ولا لذة.

إذا ثبت هذا، فما يغرمه الغاصبُ مما لو غرمه المشتري لا يرجع به علىٰ

الغاصب رجع به علىٰ المشتري، وما يغرمه الغاصب مما لو غرمه المشتري رجع به عليه فإنه لا يرجع به[١] علىٰ المشتري.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (فَإِنْ كَانَ ثَوْبًا فَأَبْلَاهُ الْمُشْتَرِي أَخَذَهُ مِنْ الْمُشْتَرِي، وَمَا بَيْنَ قِيمَتِهِ صَحِيحًا يَوْمَ غَصْبِهِ وَبَيْنَ قِيمَتِهِ، وَقَدْ أَبْلَاهُ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ بِالثَّمَنِ الَّذِي دَفَعَ إليه)[٢].

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَه ثوبًا، ففيه مسألتان؛ **إحداهما**: أن يستعمله هو ولا يبيعه، **والثانية**: أن يبيعه.

فأما إذا استعمله، ولم يبعه، فلا يخلو من أحد ثلاثة أحوال: إما أن يمسكه مدة لمثلها أجرة ولم ينقص شيئًا أو نقص منه شيء، أو لم يمسكه مدة لمثلها أجرة، أو أمسكه مدة لمثلها أجرة وأبلاه.

فأما القسم الأول؛ فإنه لا يلزمه قيمته ويلزمه أجرة المنفعة.

وأما فِي القسم الثاني؛ فإنه لا يلزمه قيمة إلا أَرْش ما نقص، وذلك مثل الثوب الشاهجاني ينشره، فإنه ينقص بالنشر، ومثل الثوب[٣] يقطع تنورة.

وأما القسم الثالث؛ وهو إذا اجتمع الأمران، فقد اختلف فيه أصحابنا:

فمِنهُم مَن قال: يلزمه أكثر الأمرين من أَرْشِ النقصان بالبلىٰ أو أجرة المنفعة، فيدخل الأقل فِي الأكثر كما لو غَصَبَ عبدًا فقطع يده فإنه يجب

---

(١) ليس في (ص).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٦).

(٣) في (ص، ف): «الشرب» وهو تحريف.

عليه أكثر الأمرين، وإنما كان كذلك؛ لأن ذلك قد حصل بسبب واحد - وهو الاستعمال - ولا يلزمه بالسبب الواحد بدلان.

ومِنهُم مَن قال: يجب عليه الأمران جميعًا؛ لأن السببين قد وجدا فهو كمَن غَصَبَ جارية صانعة فاستخدمها فنسيتِ الصنعة فِي تلك المدة، فإنه يجب عليه أجرة المثل وأرش ما نقصت قيمتها بنسيان الصنعة فكذلك هذا، وهذا ظاهر المذهب؛ لأن الشافعيّ نصَّ عليه فِي «كتاب السير»[١]، فقال: إذا أخذ بعض الغانمين غنمًا من المغنم فذبحها، واتخذ من جلودها نعالًا ودلاء ودرقًا وردها فِي المغنم رد أجرة المثل وأرش ما نقصت قيمتها[٢].

فأما إذا باع الثوب فالحكم فيه كما إذا باع الجارية المغصوبة علىٰ ما رتبناه فلا معنىٰ لإعادته.

وقد نقل المُزنِي كلمة توهم أن المشتري يطالب بأرْشِ البلىٰ الذي حدث فِي يد الغاصب؛ لأنه قال: «فإن كان ثوبًا فأبلاه المشتري أخذه من المشتري وما بين قيمته صحيحًا يوم غصْبِه وبين قيمته، وقد أبلاه، ويرجع المشتري علىٰ الغاصب بالثمن الذي دفع إليه»[٣].

واختلف أصحابنا فِي ذلك:

---

(١) الأم (٤/ ٢٧٩)، ونقله بحر المذهب (٦/ ٤٢٥) عن المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(٢) قال: وأحب إلي إذا كانوا غير متفاوتين ولا خائفين من أن يدركوا في بلاد العدو ولا مضطرين أن لا يذبحوا شاةً ولا بعيرًا ولا بقرةً إلا لمأكله، ولا يذبحوا لنعل ولا شراك ولا سقاء يتخذونها من جلودها ولو فعلوا كان مما أكره ولم أجز لهم اتخاذ شيء من جلودها.. الخ .

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٦).

فمِنهُم مَن قال: أراد بقولِهِ «يوم غصْبِه» يوم[١] قبضه، فعبر بالغصْبِ عن القبض؛ لأنهما فِي معنًىٰ واحدٍ من حيث إنه لا يجوز له القبضُ كما لا يجوزُ له الغصْبُ.

ومِنهُم مَن قال: المسألةُ مفروضةٌ فيه إذا غَصَبَه، وباعه فِي الحال، وقبضه المشتري من غير أن يحدث فيه نقص إلا بلبس المشتري، فيكون وقتُ القبض وقتَ الغصْبِ.

ومِنهُم مَن قال - وهو الصحيح - إن المُزنِي اختصر الألفاظ، فحذف لفظًا منها فأشكل ذلك؛ لأن الشافعي ذكر هذه المسألة فِي «الأم»، فقال: أخذه من المشتري، وله ما بين قيمته صحيحًا وبين قيمته وقد أبلاه، فجعل للمغصوب منه ذلك ولم يعين من يلزمه ذلك فحذف المُزنِي لفظه له، فصار ذلك معطوفًا علىٰ ما تقدم فأشكل[٢]، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﷺ: (وَلَا أَنْظُرُ فِي الْقِيمَةِ إِلَى تَغَيُّرِ الْأَسْوَاقِ، وَإِنَّمَا أَنْظُرُ إِلَى تَغَيُّرِ الْأَبْدَانِ)[٣].

---

(١) ليس في (ص).

(٢) ونقل بحر المذهب (٦/ ٤٢٥) ههنا كلام ابن سريج في الرد علىٰ المزني فقال الروياني: (وذكر المزني هذه المسألة في «الجامع الكبير» وذكر عن الشافعي أنه قال: «عليه أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلىٰ حين الرد» ثم قال: «هذا غلط بل عليه أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلىٰ حين البلىٰ» قال ابن سريج: الأمر علىٰ ما قلت، وهو مذهب الشافعي، وعليه نص، غير أنك نقلت إلىٰ جامعك الكبير كلامًا لا نعرفه للشافعي ! واعترضت عليه، وقد قال الشافعي ههنا «وبين قيمته وقد أبلاه» ومعناه حين أبلاه دون ما بعده فليس ههنا خلاف).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٦).

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَ شيئًا قيمته مائة درهم فزادت قيمته فصارت مائتين، ثم نقصت، فصارت مائة أو أقل والعين باقية بحالها، فإنه يردها، ولا يطالب بما نقص من القيمة، وهو قول الفقهاء.

وقال أبو ثورٍ: له مطالبته بما نقص، واحتج بشيئين؛ أحدهما: أن هذه زيادة يضمنها عند تلف العين فجاز أن يضمنها عند بقائها كالسِّمن، ولأنه إنما ضمن السِّمن؛ لأنه كان مأمورًا بزيادة العين بالسِّمن حال السِّمن، فإذا لم يزد حتىٰ ذهب؛ لزمه ضمانه، وهذا المعنىٰ موجود فِي زيادة السوق.

ودليلُنا: أنه ردَّ العينَ المغصوبةَ من غير نقصان عين ولا أثر، أو من غير نقصان جزء ولا صفة، فوجب أن لا يلزمه ضمان أرْش، الدليلُ عليه إذا لم تزد القيمة ولم تنقص.

وأيضًا، فإنه لو غَصَبَه ما لَهُ مثلٌ وتلف فِي يده؛ ضمنه بالمثل، ويرده وإن كان قيمته أنقص مما كان قيمة العين المغصوبة فأولىٰ أن يرد العين فِي مسألتنا من غير أن يضمن أرش النقصان؛ لأن هناك يرد بدل العين المتلفة، وههنا يرد العين المغصوبة كما أخذها.

فأما الجوابُ عن دليله الأول، فهو أنه لا يجوز اعتبار حالة البقاء بحالة التلف؛ لأن عند التلف يجبُ الرجوع إلىٰ التقويم [وعند البقاء لا يجبُ الرجوع إليه إذا لم يجب الرجوع إلىٰ التقويم][1]، ثم لم يلزمه أرش ما نقص فِي السوق من سعره، ثم المعنىٰ فِي الأصل أنه نقصان عين وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنه ردَّها كما أخذها من غير نقصان عينٍ[2]، ولا أثر؛ لأن اختلاف السعر لا يعلق العين بالعين المغصوبة وإنما ذلك علىٰ حسب اختلاف

(١) ليس في (ص)، والمثبت من (ف).

(٢) زيادة ضرورية .

الحال فِي الرغبة والطلب والنفاق والكساد، ولأن زيادة العين ملك للمغصوب منه، وأما زيادة السوق فليست بملك للمغصوب منه، فإذا ذهب فما ذهب شيء مما كان يملكه، فلهذا لم يضمنه.

فأما الجوابُ عن دليله الثاني، فهو أن ضمان السِّمن إنما يلزمه؛ لأنه ملكه، فكان مأمورًا برده فلم يرده حتىٰ ذهب، وليس كذلك زيادة السعر فِي السوق؛ لأنه ليس بملك، فلهذا لم يضمنها إذا ذهبت.

فرع

إذا غَصَبَ ثوبًا فشقَّه نصفين، وكان ذلك مما يزيد فِي قيمة الثوب، ثم إن أحد النصفين تلف، فإنه يرد الباقي ويغرم نصف قيمة الجميع فيقوَّم جميع الثوب أو يقوَّم النصف التالف فيغرم ذلك ويرد الباقي، ولا شيء عليه غيره، وإن كان ينقص بالقطع فإنه يغرم نصف قيمة الثوب بدلًا عن النصف التالف ويرد الباقي وأرش ما نقص بالقطع، فإن كان جميعُ قيمة الثوب عشرين درهمًا رد عشرة بدل التالف، ونظر فِي قيمة الباقي، فإن كان تسعة رد درهمًا، وإنما كان كذلك؛ لأنه نقص بفعل يتعلق بالعين المغصوبة وهو قطعه إياه.

فرع

إذا غَصَبَ عصيرًا، فصار فِي يده خمرًا، ثم تخللتِ الخمر (فصارت فِي يده)[1] خلًّا، فالمذهبُ الصحيحُ أنه يرد الخل، فإن كان قيمتُه خلًّا أنقص من قيمته عصيرًا رد الخلَّ وغرم له أرش ما نقص من قيمة العصير؛ لأن ذلك نقصان بتغير الصفة المتعلقة بالعين.

ومن أصحابنا من خرَّج فِي ذلك وجهًا آخر فقال يَرُدُّ الخلُّ علىٰ كل حالٍّ، ويَرُد مثل العصير كما قلنا علىٰ أحد الوجهين فِي السِّمَن إذا ذهب ثم

(١) في (ف): وصارت.

عاد أنه يرد الجارية بِسِمنِها الثاني وأرْشِ السِّمَن الأول، وكما قلنا علىٰ أحد القولين فِي السِّن المقلوعة إذا خرج مكانَها سِنٌّ أخرىٰ.

والمذهبُ علىٰ ما ذكرناه، ويفارقُ السِّن الخارجة؛ لأنها غير المقلوعة، وكذلك أجزاءُ السِّمن الثاني غير أجزاء السِّمن الأول، فاحتمل قولًا آخر، وأما فِي مسألتنا فالعينُ كما كانت غير أن صفتها تغيرتْ وتغيُّر الصفة لا يجعلُها عينًا أخرىٰ.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَلَوْ اسْتَكْرَهَ أَمَةً أَوْ حُرَّةً فَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْمَهْرُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا أكره امرأة فزنا بها؛ لزمه الحدُّ والمهرُ لها.

وقال أبو حنيفة: لا مهر لها.. **واحتج من نصره** بما رُوِي عن النبي ﷺ أنه نهىٰ عن مهر البغي[٢]، والبغي: الزنا؛ ولأنه وطء يتعلق به وجوب الحد، فلم يتعلق به وجوب المهر كما لو طاوعته؛ ولأن الحدَّ من حقوق الأبدان ويسقط بالشبهة، والمهرُ مِنْ حقوقِ الأموال، ولا يسقط بالشبهة، فلم يجتمعا بسبب واحد كالقصاص والدية.

ودليلُنا قولُه ﷺ: «**فلها المهرُ بما استحَلَّ مِن فرْجِها**»[٣] وهذا عام.

فإن قيل: المستحِلُّ هو المعتقِدُ إباحة الشيء المحرم، وهذا الزاني معتقِدٌ لتحريم ما يفعل وهو مُقْدِمٌ[٤] عليه مع ذلك، فلا يتناوله اللفظ، **فالجواب** أن هذه اللفظة تستعمل فِي الحالين استعمالًا واحدًا يقال: استحل فلانٌ مال

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٦).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٣٧)، ومسلم (١٥٦٧)، من حديث أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه.

(٣) أخرجه الشافعي (١١٤٠) والدارمي (٢٢٣٠) والترمذي (١١٠٢) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) في (ص): «مقدر» وهو تصحيف.

فلانٍ إذا أخذه بغير حقٍّ، ومن جهة المعنىٰ أنه وطء فِي غير ملك يسقط الحل عن الموطوءة.

فإذا كان الواطئ ممن يجب الضمان عليه لها؛ لزمه مهرها، أصله: إذا وطئها بشبهة أو زُفت إليه غير امرأته فوطئها، فإن المهر يجب لها، ولا يدخُلُ عليه [إذا كانت مطاوعة له لأن الحد يلزمها ولا يدخُلُ عليه][1] الحربي؛ لأنه لا يلزمه الضمان لها؛ لأنه لو قتلها؛ لم يجب عليه ضمانها، ولا يلزم عليه إذا استدخلتِ المرأةُ فرْجَ الرجلِ النائم؛ لأن العبارة تقتضي أن يكون الواطئ غير الموطوءة لأنَّا[2] قلنا: «فإذا كان الواطئ ممن يجب عليه الضمان لها» والمرأة فِي تلك المسألة واطئةٌ موطوءة كما إذا قتلت نفسها فإنها قاتلة مقتولة.

وأيضًا فإن ما ضمن بالإتلاف بالعقْدِ الفاسد؛ جاز أن يضمن بمجرد الإتلاف كالأعيان.

وأيضًا، فإنا ندل علىٰ اجتماع الحقين المهر والحد، فنقول: إنهما حقان لمستحقين يجوزُ وجودُ كلٍّ واحدٍ منهما علىٰ الانفراد، فجاز اجتماعهما بفعل واحد كجزاء الصيد والقيمة وكقيمة العبد والكفارة.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أن المحفوظ «البغيّ» بالتشديد، وهي الزانية، كما قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَا كَانَتْ أُمُّكِ بَغِيًّا﴾ [مريم: ٢٨] وهذه ليست زانية، وعلىٰ أن هذا الوطء ليس بزنا فِي حقِّها، فلم يكن فيه حجة.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على المطاوعة، فهو أن المعنىٰ فيها أنها رضيت بإسقاط حقِّها والمكرَهَةُ بخلافها، أو المعنىٰ فِي ذلك أن الوطء يجب عليها

---

(١) ليس في (ص)، والمثبت من (ف).

(٢) في (ص): «لا».

به الحد، وفِي مسألتنا لا يجب الحد عليها بهذا الوطء.

وأما الجوابُ عن دليلِهِم الأخير، فهو أنه يبطل بالمسلم إذا شرب خمْرَ نصرانِي؛ فإنه يجب عليه الحد وقيمة الخمر علىٰ مذهبكم، وكذلك إذا زنا رجلٌ بامرأة ابنه قبل أن يدخل بها الابن، فإن النكاح ينفسخ، ويلزمه نصف مهرها ويرجع علىٰ الأب بذلك ويلزمه ذلك، ثم المعنىٰ فِي القصاص والدية أنهما بدلان عن مبدلٍ واحدٍ فلم يجبا معًا بفعلٍ واحدٍ، وفِي مسألتنا بخلاف ذلك؛ لأن الحد حقٌّ لله تعالىٰ، والمهر حقٌّ لها؛ فوجبا معًا، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال: (وَفِي السَّرِقَةِ حُكْمَانِ أَحَدُهُمَا للهِ تعالى وَالْآخَرُ لِلْآدَمِيِّينَ فَإِذَا قُطِعَ للهِ تَعَالَى أُخِذَ مِنْهُ مَا سَرَقَ لِلْآدَمِيِّينَ فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ فَقِيمَتُهُ)[1].

وهذا كما قال.. قد ذكرنا فِي «كتاب السرقة»[2] أن الغرم والقطع يجتمعان علىٰ السارق خلافًا لأبي حنيفة واستقصينا ذلك فَغُنينا عن إعادته، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ غَصَبَ أَرْضًا فَغَرَسَهَا قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» فَعَلَيْهِ أَنْ يُقْلِعَه، وَيَرُدَّ مَا نَقَصَتْ الْأَرْضُ)[3].

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَ أرضًا فغرس فيها غراسًا؛ لزمه قلعه، والدليلُ

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).
(٢) كتاب السرقة (ج ١٨ ص ٥).
(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

عليه قوله ﷺ: «**ليس لِعِرقٍ ظالم حقٌّ**»(١).

وروي أن رجلًا غَصَبَ أرضًا، فغرس فيها فرفع ذلك إلىٰ النبي ﷺ؛ فأمر بقلع النخيل. قال الراوي: لقد رأيتها والفؤوس تعمل فِي أصولها، وإنها لنخل عُمٌّ(٢).

ولأنه شغل ملك غيره بغير إذنه بملكه الذي لا حرمة له فِي نفسه، فلزمه تفريغه كما لو غَصَبَ دارًا وترك فيها قماشًا.

وقولنا: (بملكه الذي لا حرمة له فِي نفسه) احتراز من الخيط يغصبه، فيخيط به جرح عبده، ثم تلتحم الجراح، فإنه لا يجب عليه رده إلىٰ صاحبه.

إذا ثبت هذا، فإذا قلعها؛ لزمه تسوية الأرض وأرش ما نقصت بذلك وأجرة مثلها.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أوجب الشافعيُّ علىٰ الغاصب تسوية الحُفَر وردِّ الأرض كما كانت، فاقتضىٰ ذلك أنه إذا هدم حائطًا لغيره؛ لزمه بناؤه وردُّه كما كان، وأصحابنا يقولون أنه لا يلزمه ردُّ البناء، وإنما يلزمه ما بين قيمته قائمًا وبين قيمته مهدومًا.

• فَصْلٌ •

العقارُ عندنا يضمن بالغصْبِ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يضمن بالغصْبِ ولا يتأتىٰ فيه الغصْبُ(٣).. **واحتج من نصرهما** بأن أكثر ما فيه أن يحول بينه وبين صاحبه، ولا يُمَكنه من دخوله وسكناه، وذلك لا يكون

---

(١) أخرجه مالك (٢٧٥٠) وأبو داود (٣٠٧٣) والترمذي (١٣٧٨) عن سعيد بن زيد رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٧٤) والدارقطني (٢٩٣٨)، والبيهقي (٢٩٣٨) عن عروة بن الزبير رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

(٣) قالا: إلا أن ينهدم من فعله.. ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/ ١٧٦).

غصبًا، ولا يوجب الضمان كما لو أمسك صاحب العقار، ولم يخله حتىٰ يدخل عقاره، ولأن الغصب إنما يكون بالقبض والنقل والتحويل.

ألا ترىٰ أنه إذا قعد علىٰ عدل مطروح أو مشىٰ علىٰ جذع لم يصِرْ غاصبًا له، وكذلك إذا وضع يده علىٰ ثوب غيره، ولم ينقله، فإنه لا يكون غاصبًا، كذلك فِي مسألتنا.

وأيضًا، فإن الغاصب إذا باع المال المغصوب فإن كان المشتري تسلمه كان للمغصوب منه الرجوع علىٰ أيهما شاء، وإن لم يتسلمه لم يكن له أن يرجع إلا علىٰ الغاصب، فثبت أن الغصْبَ بالنقل والتحويل، والدارُ لا يمكن نقلُها فلم يصح غَصْبُها.

ودليلُنا: ما رُوِي عن النبي ﷺ قال: «**مَن غَصَبَ شبْرًا مِن أرض طُوِّقه من سبع أرَضين**»[1] وعند أبي حنيفة لا يصحُّ غصْبُ الأرض.

فإن قيل: ليس كلامنا فِي الغصب، وإنما كلامُنا فِي وجوب الضمان، وليس فِي الخبر ذكر الضمان، **فالجواب**: أن الضمانَ تابعٌ للغصب، وإذا ثبت أن الغصبَ يتأتىٰ فِي الأرض، تعلق الضمان به؛ لأنَّ أحدًا لا يُفرِّقُ بين الأمرين، فمن أثبتَ اسم الغصْبِ فِي الأرض أثبتَ الضمان، ومن نفىٰ اسم الغصب فيها نفىٰ الضمان.

فإذا ثبت أحدُهما بلفظ هذا الخبر ثبت الآخرُ بالإجماع، ويدلُّ عليه ما روي أن رجلًا من حضرموت وآخر من كندة اختصما إلىٰ رسول الله ﷺ فِي أرض، فقال الحضرميُّ: أرضي غصبنيها أبو هذا، وهي فِي يده، وقال الكندي: أرضي وفِي يدي، فقال النبي ﷺ للحضرميِّ: «**شاهداك أو يمينُه**»، فقال: إنه فاجر لا يتورع فِي يمينه، فقال النبي ﷺ: «**ليس لك منه إلا ذلك**»[2].

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٥٣، ٣١٩٥) ومسلم (١٦١٢) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٢) أخرجه مسلم (١٣٩) من حديث وائل بن حجر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وهذا نصٌّ، ويدل عليه من جهة المعنىٰ أن ما ضمن بالقبض؛ جاز أن يضمن بالغصْبِ، أصله: ما ينقل ويحول.

وأيضًا، فإن كل معنىٰ ضمن ما ينقل ويحول؛ جاز أن يضمن ما لا ينقل، أصله: القبض فِي البيع.

فإن قيل: فرق بين القبض فِي البيع وبين الغصْبِ، ألا ترىٰ أنه إذا باع منه دارًا ثم سلم إليه مفتاحها؛ وخلىٰ بينه وبينها؛ انتقل الضمان إليه بذلك، ولو أخذ رجلٌ مفتاح دار رجل غصبًا لم تصِرِ الدارُ مغصوبةً بذلك، **فالجواب:** أن القصد بهذا أن يجمع بينهما فِي وجوب الضمان فِي الجملة، وإن كانا يختلفان فِي كيفية الضمان، ألا ترىٰ أنهم يقولون إذا خَلَّىٰ بين المشتري وبين المبيع الذي ينقل: انتقل الضمان إليه، ولا يصير ضامنًا له بالغصْبِ بمثل ذلك حتىٰ ينقله ويحوله، فسووا بينهما فِي الضمان وفرقوا بينهما فِي كيفيته، فكذلك نحن نجمع بينهما فِي وجوب الضمان فِي الجملة وإن كانا يختلفان فِي الكيفية، **وأيضًا،** فإنه استولىٰ علىٰ مال غيره غاية الاستيلاء علىٰ مثله بغير حقٍّ، فصار ضامنًا له كما لو كان ينقل فنقَلَه وحوَّله.

فأما الجوابُ عن دليلِهِم الأول، فهو أن فِي الغصْبِ أكثَرَ من إمساك صاحب الدار وحبسه، وهو ثبوتُ اليد مع ذلك؛ لأن الغاصب للدار ثبتت يدُه عليها، ألا ترىٰ أن الغاصب للدار إذا خاصم المغصوبَ منه فيها، ولم يعرف الحاكمُ حقيقة الحال؛ جعل القولَ قولَ الغاصب؛ لثبوت يده عليها.

ثم فرقٌ بين أن يمسك صاحب الدار ويحبسه، وبين أن يغصِبَ الدار، ألا ترىٰ أنه فرق بين أن يمسك صاحب الثوب ويحبسه، وبين أن يغصِبَ الثوب، فكذلك فِي مسألتنا مثله.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن الغصْبَ بالنقل، فهو أنه يبطل عليهم بالمودَع

إذا جَحَد الوديعة فإنه يصير ضامنًا لها وإن كان لم ينقلها، ثم المعنىٰ فِي المواضع التي ذكروها أنه ما استولىٰ علىٰ المال غاية الاستيلاء علىٰ مثله، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ لأنه استولىٰ علىٰ الدار غاية الاستيلاء علىٰ مثلها بالتعدي، فلهذا ضمنها، فوِزانُ ذلك ما يُنقل ويُحول أن ينقله ويحوله.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال: (وَلَوْ حَفَرَ بِئْرًا فَأَرَادَ الْغَاصِبُ دَفْنَهَا فَذَلِكَ لهُ، نَفَعَهُ أَوْ لَمْ يَنْفَعْهُ)[1]

وهذا كما قال .. إذا غَصَبَ أرضًا فحفر فيها بئرًا كان للمغصوب منه أن يطالبه بطمِّها؛ لأن الأرض تستضر بذلك الحفر، فكان له مطالبته بإزالة الضرر الذي حدث بفعله؛ ولأنه نقل ملكه عن ملكه، فكان عليه ردُّه كما لو نقل طعامًا له عن داره إلىٰ دار له أخرىٰ، فإن له مطالبته برده إلىٰ موضعه، فكذلك هذا؛ لأن التراب الذي أخرجه ملكُه والمحلُّ ملكُه[2].

إذا ثبت هذا، فإذا سوَّىٰ البئر وطمَّها؛ كان عليه أجرةُ مثل الأرض إلىٰ أن يفرغ من التسوية، وأرشُ ما نقصتِ الأرض إن كانت نقصت بالحفر.

فإن لم يطالب صاحب الأرض بالطَّمِّ؛ كان للغاصب طمُّ البئر، إذا كان له غرض فِي ذلك مثل أن يكون قد وضع التراب فِي ملك له فيريد أن يفرغ ملكه أو يضعه فِي الطريق فيخشىٰ أن تعثر به بهيمة، فتلزمه قيمتها إن تلفت أو آدمي فتلزم عاقلته الدية إذا تلف، أو يقع فِي البئر التي حفرها آدمي أو بهيمة فيجب عليه الضمان عند التلف، فإذا كان له غرض فِي مثل ذلك؛ جاز له الطَّمُّ، وإن لم يطالبه به المغصوبُ منه.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

(٢) نهاية المطلب (١٦/ ٥٦٣) وبحر المذهب (٦/ ٤٣٦).

وإن كان قد وضع المغصوب فِي ملك المغصوب منه، فأبرأه من ضمان الوقوع فِي البئر فهل يبرأ عن ذلك فلا يكون له الطم أو لا يبرأ عن ذلك فيكون له الطم؟ فيه وجهان:

قال أبو إسحاق: يبرأ عن ذلك بإبرائه إياه، ويصير كأنه حفرها بإذنه[١]، ولو حفرها فِي ملكه بإذنه؛ لم يجب عليه الضمان إذا وقعت فيها بهيمةٌ وتلفت ولا علىٰ عاقلته إذا وقع فيها آدمي وتلف، وهذا كما إذا أذن له فِي قطع طرفه فقطعه، فلا ضمان عليه كما لو قطع طرفه من غير إذن ثم عفا عنه، وقال غيره من أصحابنا: لا يبرأ بذلك؛ لأنه إبراء مما لم يجب عليه بعدُ، وإذا وجب لغيره؛ فلا يصح إبراؤه منه.

إذا ثبت هذا، فمعنىٰ قول الشافعي «نفعه أو لم ينفعه»[٢] يعني فِي الحال[٣]؛ لأنَّ طمَّ البئر لا ينفع الغاصب فِي الحال، وإنما ينفعه فيما بعد؛ لأنه لا يلزمه ضمان الوقوع فيها بعد ذلك، وقيل: أراد به المغصوب، وأن للغاصب طمَّ البئر نفع ذلك المغصوب منه أو لم ينفعه إذا كان للغاصب فيه ضرر علىٰ ما بيَّنّاه.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَكَذَلِكَ إِذَا زَوَّقَ[٤] دَارًا كَانَ لَهُ [نَزْعُ التَّزْوِيقِ حَتَّى يَرُدَّ ذَلِكَ بِحَالِهِ)[٥].

---

(١) وهو قول المزني وأبي حنيفة كما في بحر المذهب (٦/ ٤٣٦).

(٢) لفظه في المختصر والماوردي والروياني: «وإن لم ينفعه».

(٣) ووافقه الروياني في البحر (٦/ ٤٣٦).

(٤) اختلفوا في ضبط، فقيل بالراء المهملة من الرواق، وقيل بالزاي المعجمة.. ينظر: الحاوي الكبير (٧/ ١٧٢).

(٥) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَ دارًا][١] فزوَّقها وسبْدَجها[٢]؛ كان لصاحبِ الدار[٣] مطالبتُه بنزع التزويق والإسبيداج[٤]؛ لأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له فِي نفسه بغير حق، فهو بمنزلة أن يترك فيها قماشًا.

فإن قلعه، ولم ينقص منها بالحلِّ والقلْع شيء، وكان قيمتها بعد قلع ذلك كقيمتها قبل التزويق، فلا شيء عليه غير أجرة المثل للمدة التي أمسكها فِي يده، وإن نقصت قيمتُها بالحلِّ والقلْع فعليه أرْشُ ما نقصت بذلك.

وإن لم يطالبه وأراد الغاصبُ قلْعَ ذلك؛ كان له؛ لأنه عين ملكه، ولا فرق بين أن يكون له منفعة بقلعه أو لا منفعة له فيه، وهو أن لا يكون له قيمة بعد قلعه؛ لأن ذلك عين ماله، فله أخذُه بكلِّ حال.

فإذا لم يرد قلعه وتركه لصاحب الدار فهل يجبر صاحب الدار علىٰ قبول ذلك أم لا؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: يُجبر علىٰ ذلك كما لو قصر الثوب المغصوب، فإنه يجبر علىٰ قبول القصارة، **والثاني**: لا يجبر علىٰ ذلك؛ لأنها أعيان متميزة عن ملكه[٥]، والله أعلم.

---

(١) ليس في (ص).

(٢) يعني: جصَّصها، ولعل تعبير المصنف بقوله: «سبدجها» من مفرداته، فلم نقف عليه في كتب المذهب.

(٣) ذكر الحاوي الكبير (٧/ ١٧١) أنه إذا زوَّق دارًا مغصوبة فلا يخلو حال مالكها وغاصبها من أربعة أحوال ... الخ.

(٤) هو الإسفيذاج، وقال المطيعي في تكملة المجموع (١٨/ ١٨٤): والإسفيذاج صبغ أبيض، وهو المسمىٰ بلغة العامة اسبيداج ومثله المساحيق البيضاء والحمراء التي يستعملها النساء في عصرنا هذا.

(٥) حكاهما بحر المذهب (٦/ ٤٣٧).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رضي الله عنه: (وَكَذَلِكَ لَوْ نَقَلَ عَنْهَا تُرَابًا كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا نَقَلَ عَنْهَا حَتَّى يُوَفِّيَهُ إِيَّاهَا بِالْحَالِ الَّتِي أَخَذَهَا بِهِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَ أرضًا وكشط وجهها ونقل عنها التراب كان له أن يطالبه برده إلىٰ محله، والحكم فيه كما ذكرنا فِي البئر إذا حفرها فِي الأرض المغصوبة، فإذا رد التراب إلىٰ موضعه كان له أن يطالبه ببسطه فِي الأرض ونشره فِي مواضع الكشط إلا أن يكون له غرضٌ فِي ذلك مثل أن يكون هناك جرف يخاف أن تتلف فيه بهيمة أو آدمي علىٰ ما بيناه فِي البئر.

قال المُزَنِي رحمه الله: (غيرَ هذا أشبهُ بقولِهِ؛ لأنهُ يقولُ لو غَصَبَ غَزْلًا فنسجَهُ ثوبًا أو نُقْرَةً فطبعَهَا دنانيرَ أو طينًا فضربهُ لَبِنًا، فهذا أثرٌ لا عَيْنٌ، ومنفعةٌ للمغصوبِ، وَلا حقَّ للغاصِبِ فِي ذلك، فكذلك نَقْلُ التُّرابِ من الأرضِ والبئرِ إذا لم تُبْنَ بطوبٍ أَثَرٌ لا عَيْنٌ، ومنفعةٌ للمغصُوبِ، ولا حقَّ للغاصِبِ فِي ذلك مع أنَّ هذا فسادٌ لنفقتِهِ، وإتعابٌ لبدنِهِ وأعوانِهِ بما فيه مضرَّةٌ علىٰ أخيهِ، ولا منفعَةَ له فِيهِ)[٢].

وهذا اعتراضٌ علىٰ الشافعي فِي مسألة حفر البئر؛ لأن الشافعي[٣] ذكر فيها أن للغاصب أن يطمها، وإن لم يطالبه صاحبها بذلك فذكر المُزنِي أنه ليس له ذلك كما ليس له فِي الثوب يقصره، والنقرة يطبعها.

والفرقُ بينهما أن له غرضًا صحيحًا فِي طم البئر كما بيناه، ولا غرض له فِي سبك المضروب من الدراهم، ولو كان له فِي ذلك غرض؛ جاز له ردُّه

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).
(٣) الأم (٣/ ٢٥٥).

إلىٰ ما كان عليه مثل أن يكون العيار الذي ضرب أنقص من عيار السلطان فيخاف علىٰ نفسه من السلطان إن ظهر عليه، فثبت أن الاعتبار بالغرض، فمتىٰ كان له غرضٌ صحيحٌ فِي ذلك كان له الرد إلىٰ ما كان عليه، وإن لم يطالبه المغصوب منه بذلك، وإذا لم يكن له غرض صحيح لم يكن له ذلك(١).

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال: (وَلَوْ غَصَبَ جَارِيَةً فَهَلَكَتْ، وَقَالَ «ثَمَنُهَا عَشَرَةٌ» فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ)(٢).

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَ شيئًا، فهلك، ثم اختلفا فِي قيمته، فقال المغصوب منه: «قيمته عشرون»، وقال الغاصب: «عشرة»؛ كان القولُ قولَ الغاصب؛ لأنه هو الغارم، فلا يغرم إلا قدر ما اعترف به؛ لأن الأصل براءة ذمته، كما لو ادَّعىٰ علىٰ رجلٍ مالًا، وأنكره ذلك الرجل؛ كان القولُ قولَه مع يمينه؛ لأن الأصلَ براءة ذمته عما يُدَّعىٰ عليه، كذلك ههنا.

فإن قيل: فإذا أعتق أحدُ الشريكين نصيبه، وهو موسِرٌ وتلف العبد أو غاب، فاختلف الشريكان فِي قدر قيمة نصيب الشريك الذي لم يعتق؛ فقال المعتق «عشرة»، وقال الآخر «عشرين»، قلتم: إن القولَ قولُ الذي يعتق.

فالجواب: أن أبا إسحاق قال: إذا قلنا إن العتق يسري فِي الحال بنفس اللفظ كان القولُ قولَ المعتق؛ لأن حصة الذي لم يعتق فِي حكم التالفة؛ فكان القولُ قولَ المعتق؛ لأنَّه الغارم، وإن قلنا لا يعتق فِي الحال، وإنما يعتق

---

(١) بحر المذهب (٦/ ٤٣٨).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

بأداء القيمة؛ كان القولُ قولَ الذي لم يعتق؛ لأنَّ ملكه ثابت عليه، والمعتقُ يريد أن يزيلَ ملكه عنه بما يبذله، فلم يكن له ذلك إلا بما يقوله، وبهذا يفارق مسألتنا؛ لأن المال فِي مسألتنا تالفٌ، وهذا الغارم بعد التلف، فكان القولُ قولَه فِي ذلك.

فأما إذا اختلفا فِي السلامة والعلة، فقال الغاصب: «كان به داء»، وقال المغصوب منه: «كان سليمًا لا داء به»، فمن أصحابنا من قال فيه قولان:

أحدهما: القولُ قولُ الغاصِبِ؛ لأن الأصلَ أن لا زيادة عليه علىٰ ما يعترف به، فلا نُغرمه إلا اليقين.

والقول الثاني: القولُ قولُ المغصوبِ منه؛ لأن الأصلَ السلامةُ من العلة.

ومن أصحابنا من قال: القولُ قولُ المغصوب منه قولًا واحدًا؛ لأن الأصل السلامة من العلة.

وأما إذا اختلفا فِي الصنعة، فادَّعىٰ المغصوبُ منه أنه كان صانعًا، وأنكر ذلك الغاصبُ؛ كان القولُ قولَ الغاصب؛ لأن الأصلَ عدمُ الصنعة.

• فَصْلٌ •

إذا غَصَبَ طعامًا بمصرَ، فصادفه بمكةَ، كان له مطالبته بقيمته إن كان قيمتُه فِي الموضعين سواء، وإن كان قيمتُه بمكة أكثرَ؛ كان له مطالبته بقدر قيمته بمصر، فإذا أخذها ملكها، ولم يملك الغاصبُ الطعامَ، فإذا رجع إلىٰ مصر؛ تسلم المغصوب منه الطعامَ، وزال ملكه عن القيمة وردها إلىٰ الغاصب كما قلنا فِي قيمة العبد الآبق أنه يردها إذا رجع.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَمَا كَانَ لَهُ كَيْلٌ أَوْ وَزْنٌ فَعَلَيْهِ مِثْلُ كَيْلِهِ وَوَزْنِهِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا أتلف عليه مَا لَهُ مثلٌ فِي موضع ليس فيه شيءٌ من ذلك[٢]، وقد مضىٰ ذلك فِي أول «كتاب الغصب»[٣]، فإن فقد المثلَ مثل أن يكونا فِي موضعٍ ليس فيه شيء من ذلك، وقد تلف المغصوب، فلم يقدر علىٰ مثله، أو كان المثل موجودًا فِي ذلك الموضع ثم انقطع، فإن القيمة تلزمه.

واختلف أصْحابُنا فِي ذلك على أربعة أوجه؛ أحدها - وعليه الأكثر منهم - أنه يعتبر قيمة المثل وقتَ المحاكمة والتأدية للقيمة، فيقوَّم فِي ذلك الوقت فما بلغ، فهو حقُّه؛ لأن الواجب عليه إنما هو المثل، وإنما ينتقلُ إلىٰ قيمته بالحُكْم فكان الاعتبار بقيمته وقتَ الانتقال.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: يكونُ عليه قيمةُ المثل أكثر ما كان من حين قبض إلىٰ وقتِ الحكم بالقيمة؛ لأن المثل فِي ذمته بمنزلة المغصوب إذا كان يجبُ عليه رده، كما يجبُ عليه رد المغصوبِ، والمغصوبُ إذا تلف كان عليه قيمته أكثر ما كانت، فكذلك ههنا.

قال أبو إسحاق: عليه قيمتُه أكثر ما كانت من حين قبض إلىٰ حين تعذر المثل وانقطاعه، ولا يعتبر تغير القيمة بعد ذلك، لأنه لما انقطع المثل وتعذر صار فِي معنىٰ ما لا مثل له.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

(٢) كذا في (ص، ف) ولعل في العبارة نقصًا.

(٣) قال هناك: فإن كان المتلف من ذوات الأمثال مثل الحبوب والأدهان، وغيرهما، ونحوهما مما تتفاوت أجزاؤه، ولا تتفاوت قيمته، فإن الواجب مثل ما أتلف.

وقال أبو العباس بن القاص[1]: إن كان ذلك مما ينقطعُ فِي وقتٍ دون وقتٍ عن أيدي الناس كالعصيرِ وغيرِه، فإنه ينقطعُ فِي وقتٍ مِن السنةِ بحيثُ لا يوجدُ شيءٌ منه، فإنه تجب قيمته وقتَ الانقطاع، لا وقتَ الحكم، لأنه إذا انقطع، وجبتِ القيمة، ولم يجبِ المثل، وإن كان مما لا ينقطعُ من أيدي الناس جملةً لكنه ينقطع فِي بلد دون بلد، فإنه تجبُ قيمتُه وقتَ الحكم، لأنه لا ينتقِلُ إلىٰ القيمة إلا بالحكم، ألا ترىٰ أنه لو طلب المثل، فأتاه به لزمه قبوله[2].

وهذا الذي ذكره أبو العباس غيرُ صحيحٍ، لأنه إذا انقطع عن أيدي الناس جملةً، فإنه ما انتقل إلىٰ القيمة أيضًا، ألا ترىٰ أنه لو صبر حتىٰ جاء العصير وأعطاه لزمه قبوله، فلا فرق بين الموضعين، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

إذا غَصَبَ شيئًا، وتَلِفَ فِي يدِهِ، ضمن أكثَرَ قيمتِهِ مِن حين الغصْب إلى أن تلف، وقال أبو حنيفة: يضمنُ قيمَتَه وقتَ الغصْب.

واحتج من نصره بأنه مضمونٌ بالقبض، فوجب أن نعتبِرَ قيمته حال القبض، أصله: المرأة إذا قبضتِ الصداق، وتلف فِي يدها، ثم طلقها الزوجُ قبل دخوله بها، فإنه يرجع عليها بنصف قيمته يوم قبضته.

ودليلُنا: أن استدامةَ القبضِ فِي الغصْب بمنزلة ابتدائه، فلما كان ابتداء القبض سببًا لضمان قيمته وقتَ الغصْب، وجب أن تكون استدامة القبض سببًا لضمان قيمته، لأن الاستدامة بمعنىٰ الابتداء.

فإن قيل: المعنىٰ فِي ابتداء القبض أنه نقلٌ للمغصوب من يد صاحبه،

---

(١) أحمد بن أحمد الطبري، البغدادي، شيخ الشافعية في طبرستان.

(٢) ينظر التلخيص (ص٣٩٧).

وليس كذلك فِي الاستدامة فإنه ليس بناقل.

فالجواب: أن هذا غيرُ صحيح، لأن النقل لا اعتبار به[١]، وإنما سببُ الضمان هو الإمساكُ علىٰ وجه التعدِّي، ألا ترىٰ أن المودع إذا جَحَد الوديعة ضمن ولم ينقلها، وإنما ضمنها بإمساكه إياها علىٰ وجه التعدي وكذلك إذا طولب برد الوديعة فلم يردَّها، وهو قادر علىٰ ردِّها، ضمن قيمتَها، ولم يوجد نقل من يد صاحبها إلىٰ يده، وإنما وجد إمساكه علىٰ وجه التعدي.

وأيضًا، فإنه لو زادت قيمة المغصوب فِي يد الغاصب، ثم باعه من رجلٍ، وهو لا يعلم أنه مغصوب، وتلف فِي يد المشتري، كان لصاحبه أن يغرمَ المشتري جميع القيمة.

فنقول: ما ضمنه المشتري من الغاصب، ضمنه الغاصب. أصله[٢]: إذا لم يَزِدْ قيمته.

فإن قيل: المشتري قبضه، وقيمتُه زائدة، وليس كذلك الغاصب فإنه قبضه وقيمتُه ناقصة وضمنه بالقبض، فكان الاعتبارُ بوقت قبضه، كما كان الاعتبار بوقت قبض المشتري.

فالجوابُ: أن استدامة قبض الغاصب فِي معنىٰ ابتداء القبض، فهو فِي كلِّ زمانٍ كالمبتدئ للقبض، لأنه ممسكٌ له علىٰ وجه التعدي، فكان وجود الزيادة فِي حال استدامته بمنزلة وجودها فِي حال ابتداء القبض ولا فرق بينهما، ولأن إخراجه المغصوب من يده إلىٰ يد غيره سببٌ مستأنف للضمان، فكان طريان هذا السبب بمنزلة طريان الإتلاف بعد الغصْبِ، ولو أتلفه وهو زائد القيمة لزمته الزيادة، فكذلك ههنا، ولا فرق بينهما، ولهذا

---

(١) زيادة ضرورية، وموضعها بياض في (ص).

(٢) ليس في (ص).

خالف أبو يوسف ومحمدٌ أبا حنيفة فِي هذا، وقالا: لا تجب الزيادةُ علىٰ الغاصب كما تجب علىٰ المشتري.

وأما الجوابُ عما قالوه من الرجوع على المرأة بقيمة نصف الصداق يوم قبضته، فهو أن ما يحدث من الزيادة فيه بعد القبض حدث فِي ملكها، ولم يتناوله عقدُ الصداق، فلم يكنْ للزوج فيه حقٌّ، وليس كذلك الزيادة الحادثة فِي يد الغاصب، فإنها للمغصوب منه، فبان الفرقُ بينهما.

فإن قيل: هذه الزيادةُ لم يتناولها الغصْب.

قلنا: هذا غلطٌ، لأنه فِي كلِّ ساعة بمنزلة المبتدئ للغصْبِ، فلم نسلم ما قاله.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَلَوْ كَانَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ فَزَادَ فِي قِيمَتِهِ قِيلَ لِلْغَاصِبِ: إنْ شِئْت فَاسْتَخْرِجْ الصَّبْغَ عَلَى أَنَّك ضَامِنٌ لِمَا نَقَصَ)[١].

وهذا كما قال.. إذا غصَبَ ثوبًا فصبغه لم يخلُ من ثلاثة أحوال: إما أن يصبغه بصبغ له، أو بصبغ للمغصوب منه، أو بصبغ لغيره.

فإن كان قد صبغه بصبغ له ففيه أقوال: إما أن يكون بحاله لم تزد قيمته ولم تنقص، أو زادت، أو نقصت.

فإن كان بحاله مثل أن تكون قيمةُ الثوب عشرة، وقيمةُ الصبغ عشرة، فلما صبغه به بلغتْ قيمتُه عشرين، فإنه يرد الثوب، ويكونان شريكين فيه.

فإن تراضيا علىٰ أن يكون بينهما علىٰ حالته، كان لهما ذلك وإن تراضيا علىٰ بيعه وقسمة الثمن بينهما كان لهما ذلك.

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

وإن أراد الغاصبُ أن يقلع صبغه بشرط أن يضمن ما ينقصُ الثوب بالقلع، كان له ذلك، لأن له أن يأخذ عين ماله سواء كان له فِي ذلك منفعة أو لم يكن.

وإن طالبه صاحب الثوب بالقلع فهل يجبر علىٰ ذلك أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يُجبر عليه كما يُجبر علىٰ قلع النخيل إذا غرسها متعديًا فِي الأرض المغصوبة.

والثاني: لا يُجبر عليه، لأنه يتلف بالقلع، ولا ينتفع به الغاصب، وتفارق النخيل، لأنها لا تتلف بالقلع.

وإن بذل صاحِبُ الثوب قيمةَ الصبغ، فهل يُجبر الغاصبُ علىٰ قبولها منه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يُجْبر، كما قلنا فِي المستعير والمعير للأرض[1].

والثاني: لا يُجْبر، كما قلنا فِي النخيل إذا بذل له قيمتها فإنه لا يُجبر علىٰ قبولها.

فأما إذا ترك الغاصبُ الصبغَ للمغصوب منه، فهل يُجبر علىٰ قبوله؟ فيه وجهان:

أحدهما: يُجبر؛ لأنه غير متميز عن الثوب، فهو كثمن الجارية.

والثاني: لا يُجبر، لأنها عين يمكن إفرادها، فهو كما لو كانت منفردة وكما قلنا فِي النخيل إذا تركها له فإنه لا يُجبر علىٰ قبولها.

هذا كله إذا كان بحاله، فأما إذا زاد فبلغتِ القيمة ثلاثين، فإن كانت هذه الزيادةُ زيادةَ سعر الثياب كانت لصاحب الثوب دون الغاصب، وإن كانت

---

(١) في (ص): الأرض.

زيادةَ سعرِ الصبغِ، فإنها لصاحب الصبغ دون صاحب الثوب، وإن كانت بالفعل لا بزيادة السوق كانت بينهما وهما شريكان فِي الثوب، ويكونُ الحكمُ علىٰ ما ذكرنا فِي القسم الأول فِي المسائلِ التي ذكرناها، غير أن ههنا يعتبر النقصان بالقلع من خمسة عشر وهناك من عشرة ؛ لأن قيمة الثوب ههنا بالزيادة خمسة عشر.

وأما إذا نقص مثل أن تكون قيمتها عشرين، فلما صبغه عادت قيمتها إلىٰ خمسة عشر، فإن كان ذلك بنقصان سعر الثياب مثل أن يكون سعرها قد نقص، فصار ما كان يساوي عشرة بخمسة، فإنهما يكونان شريكين فيه ثلثًا وثلثين، ويعتبر نقصان الثوب بالقلع من الخمسة، والأحكامُ علىٰ ما ذكرنا.

وإن كان ذلك النقصانُ بالفعْلِ لا بالسُّوقِ، كان ذلك علىٰ الغاصب؛ لأنه إن كان من الثوبِ فبفعله نقص، وإن كان من الصبغ فهو له، والظاهر أنه من الصبغ، لأنه يتبدد، والثوبُ بحاله.

فأما إذا كان الصبغ لصاحِب الثوب غصَبَه عليه؛ فإن كان بحاله ردَّه ولا شيء عليه.

وإن كانت(١) قد زادت قيمتُه، فالزيادةُ لصاحِبِ الثوبِ بكلِّ حالٍ ولا حقَّ للغاصب، لأنه لا شيءَ له فيه غير العمل الذي هو أثر، فهو كما لو قصر الثوب.

وإن كانتِ القيمة نقصتْ فإن تحقق أن ذلك بنقصان سعر الثياب أو الصبغ رده، ولا شيء عليه، وإن لم يتحقق ذلك كان بفعله، وكان راجعًا إلىٰ الصبغ، لأنه بدده، فيكون عليه ما نقص.

وإن كان الصبغُ لغيرهما غصَبَه عليه أيضًا، فإن كان بحاله فهو بينهما،

---

(١) ليس في (ص).

وإن كان قد زاد فالقيمة بينهما إن كانت بالفعل.

وإن كانت بزيادة السعر، كانت لصاحبها دون الآخر، ولا حقَّ للغاصب فِي ذلك بحال، لأن له فيه أثرًا لا عينًا.

وإن كانتِ القيمةُ نقصتْ، فالظاهرُ أن ذلك من الصبغ، لأنه بدَّده بالاستعمال - والثوبُ بحاله - فيرجعُ صاحبُ الصبغ عليه بما نقص صبغه، وإن تحقق أنه من قيمة الثوب لنقصان السعر فِي السوق، كان النقصان فِي حقِّه، ولم يرجع به، لأن الثوب باقٍ بحاله، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﵀ : (وَلَوْ كَانَ زَيْتًا فَخَلَطَهُ بِمِثْلِهِ أَوْ خَيْرٍ مِنْهُ فَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهُ مِنْ هَذَا مَكِيلَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهُ مِثْلَ زَيْتِهِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَ زيتًا فخلطه بغيره، فلا يخلو من أن يخلطه بزيت أجود منه أو بزيت مثله أو أردأ منه، أو يخلطه بدهن بان أو شيرق أو غيرهما من الأدهان أو بماء[٢].

فإن خلطه بزيتٍ أجود منه، فإنَّ الشافعيَّ قال: «إنْ شاء[٣] أعطاه من هذا مَكِيلَته، وإن شاء أعطاه مثل زيته»، وهذا يدل علىٰ أنه جعله مستهلكًا، وجعل بدله فِي ذمته، لأنه خيره بين أن يعطَىٰ مكيلته من الزيتِ المخلوط أو من زيت مثل زيته.

وقال فِي «كتاب التفليس»[٤] فيه قولان:

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٢٩٩) وبحر المذهب (٦/ ٤٤٤).

(٣) ليس في (ص).

(٤) ينظر: مختصر المزني مع الأم – كتاب التفليس (٨/ ٢٠١).

أحدهما: يضرب مع الغرماء بالثمن، وهذا موافقٌ لما قال فِي الغصْبِ، لأنه جعله مستهلكًا، وجعل للبائع الثمنَ يضرب به مع الغرماء.

والثاني: أنه يكون شريكًا وهذا مخالفٌ لما قال فِي الغصْبِ.

واختلف أصحابنا فيه؛ فمِنهُم مَن قال فِي المغصوبِ أيضًا قولان، كما قال الشافعي فِي التفليس؛ أحدهما: يكون بمنزلة المستهلك، والثاني: يكون المغصوب منه شريكًا للغاصب.

فإذا قلنا: يكون مستهلكًا، فوجهُه أنه قد تعذر الوصولُ إلىٰ عين المغصوب، فأشبه إذا كان تالفًا.

وإذا قلنا: يكونُ شريكًا، فوجهُهُ أن مالَ كلِّ واحدٍ منهما موجودٌ مخلوطٌ بغيرهِ غير متميز عنه، فوجب أن يكونا شريكين، أصلُه: إذا اشْتَريا صاعين من زيت صفقةً واحدةً، فإنهما يكونان شريكين فِي بيع الزيتين، وقسم ثمنهما علىٰ قدر قيمتهما.

وإذا قلنا: يكون مستهلكًا، فإن الغاصب بالخيار إن شاء أعطاه من المخلوط، فيكون قد زاده خيرًا، وإن شاء أعطاه مثل زيته.

ومن أصحابنا من فرَّق بين الغصْبِ والتفليس، وقال فِي التفليس قولان، وفِي الغصْبِ يكونُ الغاصبُ بالخيار قولًا واحدًا، لأن فِي التفليس لا يحصل له بدله علىٰ الوفاء فجعلناه شريكًا فيه، وأما المغصوبُ منه، فيحصل له بدلُ زيته علىٰ الوفاء، فلم نجعله شريكًا.

وأما إذا خلطه بمثله، فإن الشافعيَّ سوَّىٰ بين أن يخلطه بمثله وبين أن يخلطه بأجود منه، فقال: «ولو كان زيتًا فخلطه بمثله أو خير منه، فإن شاء أعطاه» واختلف أصحابنا فيه، فذهب أبو العباس ابن سريج وأبو إسحاق إلىٰ أنه يكون شريكًا قولًا واحدًا، ويكون له مطالبته بالقسمة، قالا: وقول

الشافعيِّ «فإن شاء أعطاه» راجعٌ إلىٰ الأجود دون المثل، فجمع الشافعيُّ بين مسألتين، وأجاب عن إحداهما، وهو يعمل هذا كثيرًا .

ومن أصحابنا من قال: يكون مستهلكًا، لأنه قد تعذر وصولُه إلىٰ عين ماله، فهو بمنزلة التلف، ويكون الغاصب بالخيار، إن شاء أعطىٰ مثل مكيلته منه أو من غيره مثل زيته، وهذا ظاهر نص الشافعيِّ.

فإذا قلنا: يكون شريكًا، طالبه بالقسمة، ووجب أن يقسم بينهما، لأن القسمة ممكنة، ولا يجبُ البيعُ ههنا، ويخالفُ الأجود، لأنه لا يمكن القسمة إلا بأن ينقص من قدر مكيلته، ويكون ذلك ربا.

وإذا قلنا: يكون مستهلكًا - وهو الصحيح - فإن الغاصبَ بالخيار إن شاء أعطاه مثل مكيلته من غيره، وإن شاء أعطاه من غير زيته، لأن البدلَ ثابتٌ فِي ذمته، فكان الخيارُ إليه فيما يقضيه منه.

وإن خلطه بزيت أدنىٰ منه فالذي نصَّ عليه أنه مستهلكٌ وعلىٰ الغاصب مثلُ زيته، وليس له أن يعطيه من المخلوط، لأنه دون حقِّه، وليس للمغصوب منه أن يطالبه بأن يعطيه منه، لأن البدل فِي ذمته، فلا يتعين عليه أن يعطيه من زيت بعينه.

ومن أصحابنا من قال: فيه جوابٌ آخر أنه شريكٌ[1] فيه؛ مخرَّجًا من التفليس، ويباعان ويقسم الثمن علىٰ قدر الزيتين كما قلنا فِي الأجود.

وأما إذا خلطه ببانٍ أو شبرقٍ أو غيرِهِما من الأدهان، فإنه مستهلك، وعلىٰ الغاصب مثل زيته.

وأما إذا خلطه بالماء فإنه يلزمه تمييزه، لأن ذلك ممكن، وعليه أجرة من

(١) في (ص، ف): «شريكا».

يميزه ويخلِّصه[١]، لأن المؤونة فِي المغصوب تجب علىٰ الغاصب، كما نقول: إن مَن غَصَبَ خشبة فأدخلها فِي بنائه، لزمه نقض البناء، وإخراج الخشبة، وردها إلىٰ صاحبها، ولزمه مؤونة النقض والرد، وكذلك إذا نقل المغصوب إلىٰ بلد آخر، لزمه ردُّه ومؤونة الرد عليه.

إذا ثبت هذا، فإن كان اختلاطُ الماء به لم ينقص قيمته، ولا يخاف نقصانه فِي الثاني، فإنه يرده ولا شيء عليه، وإن كان ينقص قيمته فيما بعد ففيه قولان؛ **أحدهما**: يكون كالمستهلك ويجب عليه مثل زيته، **والثاني**: يرده، وأرش ما نقص من قيمته، فإن حدث بعده نقصان، رجع به عليه.

فإذا قلنا بالأول، فوجهُهُ أن ما ينقص منه فِي الثاني غير مضبوط، وإذا كلفناه أن يرجع بالمطالبة كلما نقص أدىٰ إلىٰ المشقة فألزمنا الغاصب مثل زيته.

وإذا قلنا يلزمه ردُّه وأرشُ ما نقص فِي الحال فوجْهُه أنه عين ماله ناقصًا، فهو بمنزلة أن يغصبَ ثوبًا ويلبسه، فينقص قيمته، فليزمه ردُّه وما نقص، فكذلك ههنا.

ومن قال بالأول، فرَّق بينه وبين الثوب بأن الثوب قد استقرتِ الجناية عليه[٢] وتناهىٰ نقصانه، وليس كذلك الزيت يمسه الماء، لأن نقصانه غير متناه، فافترقا، والله أعلم.

فرع

إذا غَصَبَ طعامًا، فخلطه بطعام آخر أجود منه، أو أردأ منه أو مثله، فهو بمنزلة خلط الزيت، ولا فرق بينهما.

---

(١) ليس في (ص).

(٢) في (ص، ف): «عليهم».

وجملته أنَّ الشافعيَّ جعله فِي الغصْبِ بمنزلة الاستهلاك، فأوجب علىٰ الغاصِبِ البدلَ فِي ذمته، وخيَّره فِي الأجود بين أن يعطيَه من عينه مثل مكيلته، وبين أن يعطيه من غيره مثل طعامه.

وكذلك إذا خلطه بمثله، فأما إذا خلطه بأدنىٰ منه، فإنه يلزمه مثل مكيلته من طعام مثله، ولا يجوز أن يعطيه من عينه؛ لأنه أدنىٰ من حقِّه، فإن اتفقا عليه، جاز.

وفِي الجميع قولٌ مخرَّج أنه شريكٌ، فيُباعان فِي الأجود وفِي الأردأ، ويقسم الثمن علىٰ قدر القيمتين، وفِي المثل يقسم بينهما نصفين، وهذا جملةُ ما ذكرنا فِي الزيتِ ومختصره.

وإن خلطه بشعير أو ذُرة أو دُخْن أو حِمَّص أو عَدَس، وجب علىٰ الغاصب تمييزُه وردُّه علىٰ المغصوب منه، لأن ذلك ممكن، وإن خلطه بنوع من الحنطة ويمكن تمييزه - لأن أحدهما صغار الحب، والآخر كباره - وجب تمييزُه، وكان عليه أجرةُ من يميزه ويخلِّصه علىٰ ما تقدم بيانه.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﷺ : (وَلَوْ أَغْلَاهُ عَلَى النَّارِ أَخَذَهُ، وَمَا نَقَصَ مَكِيلَتُهُ أَوْ قِيمَتُهُ)[١][٢].

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَ زيتًا وأغلاه علىٰ النار، فلا يخلو من أربعة أحوال: إما أن لا ينقص مكيلته ولا قيمته، أو ينقص مكيلته، أو ينقص قيمته،

(١) ذكر الروياني في بحر المذهب (٦/ ٤٤٩) أن قول الشافعي: «وما نقص مكيلته أو قيمته» اختُلف في قراءته وتوجيه معناه اختلافًا كثيرًا.. ثم بسط ذلك وشرحه في نصف صفحة، فلينظر هناك، والله الهادي.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

أو ينقصا جميعًا.

فإن لم ينقص مكيلته ولا قيمته ردَّه، ولا شيء عليه، وما أحرقه من الحطب وأتلفه من العمل، فهو هدرٌ لا ضمان على المغصوب منه.

وإن نقصتْ مكيلته دون قيمته لزمه[1] أن يتم المكيلة، وما يحصل له من زيادة القيمة للمغصوب منه لا حقَّ للغاصب فيها.

وإن نقصتْ قيمته دون مكيلته، لزمه ما نقص من قيمته.

وإن نقصتِ المكيلةُ والقيمةُ لزمه أن يتم المكيلة وما نقص من القيمة.

وأما إذا غَصَبَ عصيرًا فأغلاه، فنقصت مكيلتُه، فقد اختلف أصْحابُنا فيه؛ فمِنهُم مَن قال: هو كالزيت، ومِنهُم مَن قال: لا يجبُ ما نقص من المكيلة، لأن النار تعقد العصير حتى يصير رُبّا وأجزاؤه موجودة فيه، وإنما ذهب ما فيه من المائية التي لا قيمة لها، ولذلك يزدادُ حلاوةً بالإغلاء ويخالف الزيت، لأن النار تأكلُ منه وتُذْهبه ولا تَعْقِده.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال: (وَكَذَلِكَ لَوْ خَلَطَ دَقِيقًا بِدَقِيقٍ فَكَالزَّيْتِ)[2].

وهذا كما قال.. اتفق أصحابنا على أن المراد بقولِهِ (فَكَالزَّيْتِ) فِي وجوب ضمانِه ووجوبِ بدلِه فِي ذمتِهِ، ولم يُرِدْ به كيفيةَ البدل؛ لأن البدلَ فِي الزيت مثلُه، وفِي الدقيق قيمتُه من نقْد البلد[3].

(١) ليس في (ص).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

(٣) لأن الدقيق لا مثل له، لاختلاف طحنه المفضي بالصنعة والعمل إلى عدم تماثله، ويفارق الحنطة، فإنه ليس للآدميين صنعة في كبر حبها وصغره.. ذكره الروياني في البحر (٦/ ٤٥١).

فإذا ثبت هذا، فعلىٰ قولِهِ فِي «الغصْبِ»[1] يكونُ كالمستهلك، ويلزمه قيمة الدقيق المغصوب، وعلىٰ قولِهِ فِي «التفليس»[2] يكون شريكًا فيه، ويُباعان، فيُقسم الثمنُ بينهما علىٰ قدر القيمتين، وإن كانت قيمتُهما سواء فيقسم بينهما نصفين، ولا يجيء فيه أن يقسم الدقيق بينهما، وإن كانت قيمتهما واحدة، لأن بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز[3]، ويخالف الزيت فِي ذلك، لأن بيع الزيت بالزيت متماثلين يجوز.

فإذا خلط الزيتَ بمثله قسم بينهما علىٰ هذا القول ويباع الدقيق المخلوط، ويقسم الثمن بينهما، هذا إذا قلنا إن القسمة بيع، فأما إذا قلنا إن القسمة فرْزُ النصيبين جازتِ القِسْمة كما يجوز قسم الرطب والعنب وسائر الفواكه علىٰ هذا القول.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَإِنْ كَانَ قَمْحًا، فَعَفِنَ، رَدَّهُ وَقِيمَةَ مَا نَقَصَه)[4].

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَ حنطةً فعفنت أو بلَّها بالماء، فإن كان قد بلَّها بالماء نُظر فيه، فإن كان قد تناهىٰ نقصانُها، ردَّها وما نقص من قيمتها، وإن لم يكن قد تناهىٰ نقصانُها ففيه قولان؛ **أحدهما**: يردُّها وما نقص من قيمتها، ويرجعُ عليه بما يحدث من النقصان كلما حدث، **والثاني**: يردُّ مثلها كما قلنا

(١) زيادة من عندنا.

(٢) في (ص، ف): «الغصب» وهو غلط، ولعله سبق قلم من المصنف أو الناسخ، والمثبت هو الصواب، وسيأتي مرة أخرىٰ بعد بضع صفحات، فكن منه علىٰ ذُكْرٍ.

(٣) قال الروياني في البحر (٦/ ٤٥١): وقد روىٰ الكرابيسي عن الشافعي أنه يجوز بيع الدقيق بالدقيق فيكون كالزيت من كل وجهٍ، وهذا ضعيف لما ذكرنا، ولم تصح رواية الكرابيسي عن الشافعي.

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

فِي الزيت إذا خُلِط بالماء.

هذا فِي النقص بالماء، وأما نقص العفونة، فهو مضبوط، فيكون علىٰ قولٍ واحدٍ أنه يردها، وما نقص من قيمتها قولًا واحدًا، وما يحدث بعد ذلك، فليس بمضمون عليه، لأنه ليس من فعل الغاصب، وليس كذلك نقصان الماء فإن ما يحدثُ هو من فعل الغاصب، فيكون مضمونًا عليه، ولهذا خرج علىٰ قولين، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَإِنْ غَصَبَهُ ثَوْبًا وَزَعْفَرَانًا فَصَبَغَهُ بِهِ فَرَبُّهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ، وَإِنْ شَاءَ قَوَّمَهُ أَبْيَضَ وَزَعْفَرَانُهُ صَحِيحًا وَقِيمَةَ مَا نَقَصَ)[١].

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَه ثوبًا وزعفرانًا، ثم صَبَغَ الثوب بالزعفران، فإن كان قيمتُهما لم تنقص ولم تزد بالصبغ ردَّهما ولا شيء عليه، وإن زادت فكذلك، وتكون الزيادة للمغصوب، ولا حقَّ للغاصب فيها، وإن نقصت بالصبغ كان المغصوبُ منه بالخيار بين أن يأخذ الثوب مصبوغًا ولا يُقَوِّم - لأن القدرَ الذي نقص حقٌّ له، فكان له أن يسقطه، ولا يطالب الغاصب به - وبين أن يقوِّمَه حتىٰ يعرف القدر الذي نقص بالصبغ، فيُقَوِّم الثوبَ أبيض وزعفرانه صحيحًا، ويقوِّمه مصبوغًا، ويرجع بما بين القيمتين[٢].

فرع

ذكر الشافعي فِي «الأم»[٣] أنه إذا غَصَبَ دقيقًا وعسلًا وسمنًا،

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

(٢) واستشكل بحر المذهب (٦/ ٤٥٢) قول الشافعي: «فربه بالخيار...» وأجاب عن هذا الإشكال، فلينظر هناك، والله المستعان.

(٣) الأم (٣/ ٢٦٠).

فعصده[١] كان صاحبه بالخيار إن شاء أخذه، وإن شاء قومه، وتفصيل ذلك علىٰ ما ذكرنا فِي الثوب والزعفران إذا لم يزد ولم ينقص أو زاد ونقص، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا غَصَبَ من رجل شاةً فذبحها، لم يَزُلْ مِلك المغصوبِ منه عنها، ولا يملِكُها الغاصبُ بالذبح، وكذلك إذا ذبحها وشواها، وعليه ردُّها وأرْش ما نقصت بذلك، فتُقَوَّم حيةً ومشويةً ويغرم ما بين القيمتين، وكذلك فيما عدا الشاة[٢] .. **وجملتُه أن عندنا لا يملِكُ الغاصبُ المغصوبَ بتغييرِهِ.**

وقال أبو حنيفة: إذا ذبح الشاة لم يملكها، فإن شواها، ملكها، ووجب عليه دفع قيمتها إلىٰ صاحبها[٣].

وقال: إذا طحن الدقيق ملكه، وله أن يصرف ذلك فِي الصدقة قبل دفع قيمته، ولا يصرفه فِي غيره، فإذا دفع القيمة كان له أن يتصرف فيه بوجوه التصرف كلها.

وعلىٰ أصل أبي حنيفة لو دخل رجلٌ دارَ رجل، فأخذ حنطةً له، فطحنها فِي داره برحاه، وأخذ جملًا له فذبحه وشواه، فجاء صَاحِبُ الدار ليأخُذَ منه الدقيق والشاة، كان للغاصب أن يمنعه من أَخْذِه، ويدفعه بما قدر عليه من وجوه الدفع، ولو أدىٰ ذلك إلىٰ قتله، ولا ضمان عليه، لأنه ملك الدقيق بالطحن، والجمل بالشَّيِّ، فإذا دفع عنه بما يدفع عن ملكه، فلا يلزمه ضمان الدفع.

---

(١) في (ص، ف): «فعقده» والمثبت من الأم (٣/ ٢٦٠)، وبحر المذهب (٦/ ٤٥٢)، وكفاية النبيه (١٠/ ٤٦٩).

(٢) نهاية المطلب (٧/ ١٩١)، وبحر المذهب (٦/ ٤٥٢ - ٤٥٣).

(٣) ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/ ١٨١) تغيير المغصوب.

واحتج من نصر مذهبه بما روي أن النبي ﷺ زار قومًا من الأنصار فِي دارهم، فقدموا إليه شاة مشوية، فتناول منها لقمة، فجعل يلوكُها ولا يبلعُها، فقال: «**إن هذه الشاةَ تخبِرُني أنها أُخذت بغير حقٍّ**» فقالوا: نعم يا رسول الله، طلبنا فِي السوق شاة فلم نصب، فأخذنا شاة لبعض جيراننا، ونحن نرضيهم من ثمنها، فقال النبي ﷺ: «**أطعموها الأسرى**»[١]، فدل علىٰ أن ملك صاحبها قد زال عنها بتغير صفتها[٢].

ومن القياس أنه فعل بالمغصوب ما زال به اسمه ومعظم منفعته، فوجب أن يزول بذلك ملكُ المغصوب منه كما إذا غَصَبَ شاةً وقتلها من غير ذكاة.

ودليلُنا قولُ النبي ﷺ: «**على اليدِ ما أخذتْ حتى تؤدِّيه**»[٣] ولم يفرِّق بين أن يكون قد غير ما أخذتِ اليد أو لم تُغير، وقولُه ﷺ: «**لا يحلُّ مالُ امرئٍ مُسلم إلا بطيبِ نفسٍ منه**»[٤].. ونفسُ المغصوب منه ما طابت بالمغصوب، فوجب ألا تحل للغاصب.

ومن القياس: أن كل ما لو فعله الإنسان فِي ملكه لم يزل به ملكه، فإذا فعله فِي ملك غيره، وجب أن لا يملكه به، أصله: إذا ذبح الشاة ولم يشوها.

وأيضًا، فإنه غيَّر المغصوب بفعل تعدىٰ به، فوجب أن لا يملكه، الدليل عليه: ما ذكرنا.

---

(١) أخرجه أحمد (٢٢٥٠٩)، وأبو داود (٣٣٣٢)، والدارقطني (٤٧٦٣) عن رجل من الأنصار.

(٢) قال في مختصر اختلاف العلماء (٤/ ١٨١): وهو حديث صحيح السند ولم يرو شيء يخالفه، فصار أصلا في ذلك.

(٣) أخرجه أحمد (٢٠٠٨٦)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، وأبو داود (٣٥٦١) عن سمرة بن جندب رضي الله عنه.

(٤) أخرجه الدارقطني (٢٨٨٥)، وأخرجه الحاكم (٣١٨) عن ابن عباس رضي الله عنهما، بنحوه.

ولا يدخُلُ عليه إذا غَصَبَ زيتًا فخلطه بزيت له أجود منه، لأن علىٰ القولِ الذي خرَّجه أصحابُنا مما نصَّ عليه فِي «التفليس»[١] يكون المغصوبُ منه شريكًا ولا يملكه الغاصب، وإن قلنا بما نص عليه فِي «الغصْبِ» لم يدخل عليه أيضًا، لأن الزيت علىٰ ملك المغصوب منه حتىٰ يقبض بدله، فإذا قبض بدله حينئذٍ ملكه، وإنما ملكناه بدفع بدله، لأنه اختلط به اختلاطًا لا يمكن تمييزه منه بحال.

ولا يدخُلُ عليه أيضًا الخيطُ إذا خاط به جرح حيوان، لأنه لا يملكه بالتغيير، وإنما يملكه بدفع بدله، فيكون باقيًا علىٰ ملكه حتىٰ يقبض البدل.

ويدلُّ عليه أنه لو كان ملكه بالتغيير لوجب أن يكون له التصرف فيه من جميع الوجوه، ولم يقف علىٰ وجه واحد - وهو الصدقة - لأن كلَّ ملكٍ إزالةُ الملك فيه من وجه الملك إزالته من جميع الوجوه.

فأما الجوابُ عما احتجوا به من الخبر، فهو أن الذي نقلتم فِعْلُ النبيِّ ﷺ فيحتمل أن يكون أمر بذلك لأنَّ الأسرىٰ كانوا مضطرين إليه، والمضطر إلىٰ الطعام يحل له تناول طعام الغير بلا إذنه، فأما أن يتوقف فيه حتىٰ يبين المعنىٰ الذي لأجله أمر بإطعامهم إياها، أو يحمل ذلك علىٰ حالة الاضطرار بدليل ما ذكرناه.

وأما الجوابُ عن قياسِهم على الشاةِ إذا قتلها، فهو أنه يبطلُ بالشاةِ وبالناقةِ وبالبقرةِ إذا ذبحها، لأن الذبحَ يسقطُ الانتفاعَ بها فِي الدَّرِّ والنسل والحرثِ والحمل، وذلك معظمُ منفعتها.

علىٰ أنا لا نسلِّم أن الاسم قد زال، لأنها تسمىٰ شاة بعد الذبح والشيِّ،

---

(١) سبق قبل بضع صفحات أنه وقع هناك علىٰ سبيل الغلط قول المصنف «في الغصب» وصوابه كما ههنا «في التفليس».

فيقال: شاة مشوية، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿جَآءَ بِعِجۡلٍ حَنِيذٖ﴾.

فإن قيل: يريد بالاسم الحيوان.. **قلنا**: فينبغي أن يملكها بالذبح، لأن اسم الحيوان يذهب به، ثم المعنىٰ فِي الأصل أنَّ القتلَ من غير ذكاة لو فعله فِي ملكه زال به ملكُه، فإذا فعله فِي ملك غيره زال به الملك أو المعنىٰ فيه أنه أتلفها بالقتل، وإذا ذبحها وشواها فما أتلفها، فلهذا لم يزل الملك به.

• فَصْلٌ •

إذا غَصَبَ من رجل خشبةً فشقَّها، وَجَعَل منها ألواحًا، وجب عليه ردُّ الألواح، فإن كانت قيمتُها بحالها لم تزد ولم تنقص وجب عليه ردُّ نشارتها معها، ولا شيء عليه غير ذلك، وإن زادت قيمتها ردَّها بزيادتها، ولا حق للغاصب فيها، لأنه لا شيء له فيها غير أثر شقه فهو بمنزلة الثوب يغصِبُه ثم يقصره فإنه يرده ولا شيء له فِي مقابلة القصارة، وإن نقصت قيمتها، كان عليه ردُّ الألواح وأرش ما نقصتِ الخشبة.

وإن كان قد ألَّف الألواحَ وَجَعَلَ منها أبوابًا، وسمَّرها بمساميرَ لَهُ، كان عليه ردُّ الأبواب، ونزْعُ مساميره منها وعليه أرْشُ ما نقص من قيمتِها بالقلع، فيُنظرُ كم قيمتُها مسمرة، وكم قيمتُها مفصلة بلا مسامير، فيغرم ما بين القيمتين كما قلنا فِي الثوب إذا صبغه فزادت قيمته بالصبغ، فإن الزيادة تكون بينهما.

فإن أراد قلعه كان له ذلك بشرط أن يضمن ما ينقص من قيمة الثوب بلا صبغ قبل القلع علىٰ ما بيناه فِي موضعه.

وكذلك إذا غَصَبَ منه حبًّا، فزرعه، فإن الزرع للمغصوب منه، وكذلك إذا غَصَبَ منه بيضًا فحضنه تحت دجاج ففرخ كان عليه ردُّ الفراخ، لأنه عينُ ماله، والردُّ علىٰ ما ذكرنا فِي الزيادة والنقصان.

• فَصْلٌ •

إذا غَصَبَ نُقرةً، فطبعها دراهِمَ، فإنه يردُّها، فإن كانت زادت فيردُّها بزيادتها، وإن كانت نقصت قيمتُها ولم ينقُصْ وزنُها، فعليه أرْشُ ما نقصت قيمتها، وإن كانت قد نقصت فِي وزنها دون قيمتها، فعليه قدر ما نقص فِي الوزن، وإن نقصتِ القيمة والوزن فعليه ما نقصا، ونقصانُ القيمة يحصلُ لرداءة الطبع، فإن كانتِ النقرةُ مائة فنقصت درهمًا، ونقصت قيمتها درهمًا رد درهمين أحدهما يكمل به الوزن والآخر يكمل به القيمة، لأن نقصان القيمة إنما هو برداءة الطبع، وذلك المعنىٰ لا يزول برد الدرهم تكميل الوزن.. وهذا كما قلنا فِي الزيت إذا غَصَبَه وأغلاه فنقصتِ القيمةُ والوزن كان عليه وفاء القيمة والوزن، فكذلك ههنا، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﷺ: (وَلَوْ كَانَ لَوْحًا فَأَدْخَلَهُ فِي سَفِينَةٍ أَوْ بَنَى عَلَيْهِ جِدَارًا أُخِذَ بِقَلْعِهِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَ منه ساجة[٢] فبنىٰ عليها حائطًا، كان عليه ردُّها إلىٰ صاحبها، فينقض بناؤه ولا يزول ملك صاحبها عنها بالبناء[٣].

وقال أبو حنيفة: لا يجب عليه ردُّها، وإنما يغرم له قيمتها، وهذه رواية أبي يوسف ومحمد بن الحسن[٤].

وقال الكرخي: إن كان قد بنىٰ عليها بناءً لا يتصل بملكه، كان عليه هدمه

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

(٢) يعني: لوحًا.

(٣) وبه قال مالك وأهل الحرمين.

(٤) نهاية المطلب (٧/ ٢٧٣) وبحر المذهب (٦/ ٤٥٤).

وردها، وإن كان البناءُ يتصلُ بملكه، فلا يمكنه ردُّها إلا بعد أن ينقض ما ليس بمبني عليها، فلا يجب عليه ردُّها مثل أن يبني حول الساحة بناءً ويضعها فِي وسطه، فإنه لا يمكنه تخليصُها إلا بعد أن ينقض ما ليس بمبني عليها، فيغرم ههنا القيمة ويتركها.

وأصحاب أبي حنيفة ينصرون ما حكيناه عن أبي يوسف ومحمد.

واحتج من نصره بما رُوِي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا ضرَرَ ولا إضرارَ فِي الإسلام**»، وروي: «**لا إضرارَ فِي الإسْلام**»[١].

وإذا كلفناه ردَّ الساحة، ونقض البناء، كان فِي ذلك إضرارٌ به، [ولأن الساحة صارت تبعًا لحائطه، بدليل أن الحائط إذا بيع تبعته الساحة][٢] فِي البيع، وإذا صارت تبعًا لملكه وكان فِي رده إضرارًا به لم يجب عليه رده كما لو غَصَبَ خيطًا فخاط به جُرحَ عبدٍ له.

ودليلُنا قولُه ﷺ: «**لا يحلُّ مالُ امْرِئٍ مُسلم إلا بطيبِ نفسٍ منه**»[٣]. وقوله ﷺ: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**»[٤].

وروىٰ عبدُ الله بنُ السائب بن يزيد عن أبيه عن جدِّه أن النبيَّ ﷺ قال: «**لا يأخذن أحدُكم متاعَ أخيه جادًّا ولا لاعبًا، ومن أخذ عصا أخيه فليردها**»[٥].

والتعلقُ من وجهين:

---

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٥١٩٣) عن جابر رضي الله عنه وأخرجه ابن ماجه (٢٣٤١) عن ابن عباس رضي الله عنه، والدارقطني (٣٠٧٩)، مختصرًا.

(٢) ليس في (ص).

(٣) أخرجه الدارقطني (٢٨٨٥)، وأخرجه الحاكم (٣١٨) عن ابن عباس رضي الله عنهما، بنحوه.

(٤) أخرجه أحمد (٢٠٠٨٦)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، وأبو داود (٣٥٦١) عن سمرة بن جندب رضي الله عنه.

(٥) أخرجه أبو داود (٥٠٠٣) والترمذي (٢١٦٠) عن يزيد بن سعيد الكندي رضي الله عنه.

أحدهما: من حيث اللفظ، لأنه أمر برد العصا المغصوبة، ولم يفرق بين أن يكون بنىٰ عليها وبين أن يكون لم يبنِ عليها.

والثاني: من حيث التنبيه، لأنه إذا وجب رَدُّ العصا، كان ردُّ الجذع - وما هو أكثر من العصا وأكثر قيمة بالوجوب - أولىٰ.

ومن القياس: أنه بنىٰ علىٰ ملك غيره، فوجب أن لا يسقط بذلك حقُّ صاحب الملك، الدليلُ عليه: إذا بنىٰ فِي أرض غيره، فإن حقَّ صاحب الأرض لا يسقطُ للبناء عليها.

فإن قيل: لا نسلِّم أن الأرض تصير مغصوبةً.

قيل له: ونحن لم نتعرض لذلك، ولا جرىٰ فِي علتنا ذكرٌ لغصْبِ الأرض، فلا يصح هذا الاعتراضُ.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأرض أنها لا تصير تبعًا للبناء الذي فيها بدليل أنه إذا باع البناء لم تدخل الأرض فِي البيع، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن السَّاجة صارت تبعًا للبناء.

فالجواب: أنا لا نسلِّم أن السَّاجة صارت تبعًا، وإنما تكون تبعًا إذا كانت ملكًا له، فيتبع أحدهما الآخر، إذا كانا فِي ملك واحد.

وأيضًا، فإنه مغصوبٌ غير محبوس فِي يده بعقدٍ، له ردُّه منفردًا عن ملكه، فإذا امتنع من ردِّه وجب أن يُجبر عليه، الدليلُ علىٰ ذلك إذا لم يبنِ عليها.

وقولنا: (غير محبوس فِي يده بعقد) احترازٌ منه إذا باع منه المغصوب أو رهنه عنده.

وقولنا: (له رده) احترازٌ منه إذا غَصَبَ خيطًا فخاط به جرحَ عبدِهِ، وليس له رده منفردًا عن العبد.

وقولنا: (منفردًا عن ملكه) احترازٌ من الزيت إذا خلطه بزيت له أجود منه، فإنه لا يمكنه تمييزُه وردُّه منفردًا عن زيته.

وإن رد الجميع ففيه وجهان:

أحدهما: يُجبر علىٰ قبوله.

والثاني: لا يُجبر، فإذا قلنا: يجبر، فقد احترزنا بقولنا: (منفردًا عن ملكه).

فإن قيل: لا نسلِّم أن له رده، لأن فِي رد هذه الساحة نقضًا للبناء، وإضاعة للمال، وقد نهىٰ رسول الله ﷺ عن ذلك[1].

فالجواب: أن له نقض البناء، إذا كان له فيه غرضٌ صحيحٌ، ألا ترىٰ أن رجلًا لو بنىٰ دارًا فجاء البيتُ الذي فيها ضيقًا كان له نقضُها وإعادة البناء علىٰ ما يختاره، فإذا ثبت ذلك، فله غرضٌ صحيحٌ فِي مسألتنا فِي نقض البناء وردِّ السَّاجة، ليتخلص من المأثم بالاتفاق.

وأيضًا، فإنه شَغَلَ ملك غيره بملكه الذي لا حُرمة له فِي نفسه، فإذا أمكن تمييزُه وجب تمييزه وردُّه، الدليلُ عليه: إذا غرس فِي أرض غيره بغير إذنه.

وأيضًا، فإن حاجته إلىٰ السَّاجة للبناء عليها لا يبيح غصْبَها، فلم يسقط ردُّها كحاجته إلىٰ اللباس من البرد أو الحر، فإنه إذا غَصَبَ ثوبًا فلبسه لزمه رده.

ولأن الشافعي لما ناظر محمد بن الحسن فِي هذه المسألة، قال: ليس فِي رَدِّ السَّاجة علىٰ صاحبها أكثر من إدخال الضرر علىٰ الغاصب بنقض بنائه، وذلك لا يمنع الرد، ألا ترىٰ أنه لو غَصَبَ جاريةً فأولدها أولادًا وعلَّمهم العلم، وغرم عليهم الأموال، كان عليه ردُّهم إذا أقام المغصوبُ منه البينةَ علىٰ الغاصب، فإذا أقام البينةَ ردَّهم، فصَاروا أرقاءَ لصاحِبِ

---

(١) أخرجه البخاري (٦٤٧٣) ومسلم (٥٩٣) من حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه.

الجارية وعبيدًا له[١]، فيبيعُهم ويتصرفُ فيهم، وضررُ ذلك علىٰ الغاصب أعظمُ من ضرر نقض البناء، فإذا لم يمنع ذلك من الردِّ، فأولىٰ أن لا يمنع ضررُه بالنقضِ من وجوبِ الردِّ[٢].

قال أبو إسحاق: ولأن علىٰ الغاصب ردَّ المغصوب وإن ألزم المؤونة فِي رده، ألا ترىٰ أنه إذا غَصَبَ منه طعامًا، وحمله إلىٰ بلد بعيد فإنه يُكَلف ردُّه إلىٰ موضعه، وإن كان كراءُ الحمل أضعاف ثمنه، فدل علىٰ أنه لا اعتبار بما يلزم الغاصب من الضرر والمؤونة فِي ردِّ المغصوب.

فأما الجوابُ عن الخبر الذي ذكروه، فهو مشتركُ الدلالة، فكما لا يحل الإضرار بالغاصب لا يحلُّ الإضرارُ أيضًا بالمغصوب منه بمنع ملكه وإسقاط حقِّه عن عين ماله، فإذا لم يكن بدٌّ من إلحاق أحد الضررين، كان ضررُ المغصوب منه بالدفع أولىٰ من ضرر الغاصب، لأن الغاصبَ تعدَّىٰ والمغصوب منه لم يتعدَّ.

فإن قيل: إذا غرم له القيمة فقد زال ضرره.

قلنا: لا يزولُ الضرر بدفع القيمة، لأن له غرضًا فِي العين.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الخيط، فهو أنَّا لا نسلِّم أن ساجة الغير صارت تبعًا لحائطه، لأنها ليست ملكًا له، ثم المعنىٰ فِي الأصل أن حاجته إلىٰ الخيط تُبيح غصْبَه، فأسقطت وجوبَ ردِّه إذا غَصَبَه، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن الحاجة إلىٰ السَّاجة لا تبيحُ أخْذَها، فلم يسقط الرد، والمعنىٰ

---

(١) في (ص): «لهم»، وهو غلط.

(٢) حكاها بطولها: البيهقي في مناقب الشافعي (١/ ١٠٧ - ١١١) وأبو نعيم في الحلية (٩/ ٧٤ - ٧٧)، والفخر الرازي في مناقب الشافعي (ص١٠٥ - ١٠٦)، وابن أبي حاتم في آداب الشافعي ومناقبه (ص١٦٠ - ١٦٣)، وفي آخر هذه المناظرة: أن محمد بن الحسن ترك قوله وتبع قول الشافعي.

فيه: أنه لا يجوزُ له ردُّ الخيط، فلم يجب ردُّه، وفِي مسألتنا بخلافه، لأن ردَّ السَّاجة جائز منفردة فلذلك وجب، أو المعنىٰ فيه: أن الخيطَ شغله بملكه الذي له حُرمة فِي نفسه، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنه شَغَلَ ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له فِي نفسه، فوجب عليه ردُّه، وبان الفرقُ بينهما.

• فَصْلٌ •

إذا ثبت أن ردَّ السَّاجةِ واجبٌ، فإنه يُنْظَرُ، فإن كانت بحالِها لم ينقصْ شيءٌ منها ردَّها وردَّ أجرة المثل فِي تلك المدة، لأن للخشبة منافع، وقد تُكرى فِي شِيادِ الأبنية وغيرها، وإن كانت قد نقصت كان عليه ردُّها وردُّ أجرتها فِي تلك المدة، وردُّ أرش النقصان الذي حصل بها، وإن كانت قد عفنت تحتَ البناء، ونخرت بحيث إنه إذا نقض البناء وأُخرجت منه لم يُنتفع بها؛ فإنه يغرم قيمتها، لأنها فِي معنىٰ المستهلكة.

هذا كلُّه فِي السَّاجة إذا بنىٰ عليها، فأما إذا غَصَبَ لوحًا، فأدخله فِي سفينة، نُظِر فإن كانت قريبةً من الشط، وجب عليه قلعُ اللوح وردُّه إلىٰ صاحبه، فإن كان[1] يخافُ أن تغرق السفينة، ويغرق ما فيها بالقلع، فإنه ينحِّي المتاع ويقلع اللوح ويرده.

وإن كانت فِي لُجَّةِ البحر نُظِر، فإن كان اللوحُ فِي أعلىٰ السفينة بحيث إذا قُلِعَ لم يخف الغرق، فإنه يجب قلعُه وردُّه، وإن كان فِي أسفل السفينة نُظِر، فإن كان فيها حيوان لم يُقلع، لأن له حرمةً فِي نفسه، فإذا كان القلعُ يؤدي إلىٰ تلفه، لم يَجُزْ أن يقلع كما قلنا فِي الخيط إذا خاط به الجرح، وله المطالبة بقيمة الجرح لأجل الحيلولة كما نقول فِي العبد الآبق.

فإذا بلغت إلىٰ الشطِّ وقلعه ردَّه، واسترجع القيمة، وكذلك لو لم يكن

---

(١) ليست في (ف).

فيها إلا الغاصب، فإنه لا يقلع، لأن له حرمةً فِي نفسه، ولا يملك إسقاطها بتعديه وغصْبِه.

وأما إذا لم يكن فيها حيوان، وكان فيها متاع، فإنه يُنْظر فإن كان لغير الغاصب لم يُقلع، لأنه لا يجوزُ قلعُ اللوح، إذا كان ذلك يؤدي إلىٰ ضرر غير الغاصب، لأنه لم يوجد منه تعدٍّ فِي ذلك.

وإن كان فيها متاعٌ للغاصب أو لم يكن فيها متاعٌ غير أن السفينة إذا قُلع منها اللوح غرقت، فهل يقلع أو ينتظر إلىٰ أن تبلغ إلىٰ الشط ثم يقلع؟ فيه وجهان:

أحدهما: يقلع وإن كان يستضر بغرق ماله وتلفه كما يرد الساجة إذا بنىٰ عليها، وإن كان ينقض بناؤه.

والثاني: ينتظر حتىٰ تبلغ إلىٰ الشطِّ، لأنه إذا أمكن ردُّها بغير ضرر، فلا فائدة فِي إيجاب الرد وإدخال الضرر مع إمكان غيره.

وهذا يفارقُ السَّاجَةَ إذا بنىٰ عليها، لأن ذلك للتأبيد، وليس لها حالةٌ ينتظِرُ فيها ردَّها وإزالة الضرر عنهما معًا، فلهذا أوجبنا عليه أن ينقضَ حائطه ويردَّها، وكذلك إذا أمكن شياد البناء وقلْعُ الساجة من غير نقضٍ فعلىٰ الوجهين[1]، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﵁: (أو خَاطَ بِهِ ثَوْبًا، فَإِنْ خَاطَ بِهِ جُرْحَ حَيَـوَانٍ، ضَـمِنَ الْخَيْطَ، وَلَمْ يُنْزَعْ)[2].

---

(١) ينظر الحاوي الكبير (٧/ ١٩٨ - ٢٠١)، وبحر المذهب (٦/ ٤٥٤ - ٤٥٦).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَ منه خيطًا، وخاط به ثوبًا، فإنه يجب عليه ردُّه فِي الحال كما قلنا فِي الساجة، لأنه لا حُرمة للثوب فِي نفسه.

وإن خاط به جُرْحَ حيوان لم يخْلُ من أحد أمرين؛ إما أن يكون لذلك الحيوان حُرْمة أو لا حُرْمة له مثل الخنزير والكلب العقور، وجب[1] عليه قلعُه ورده علىٰ صاحبه، وإن كان الحيوانُ له حُرْمة فِي نفسه لم يخْلُ من أن يكون مأكولًا أو غير مأكولٍ كالآدمي[2] والحمار والبغل فإنه لا يرده، ويغرم قيمته، لأن له حرمة فِي نفسه، فصار الخيطُ لهذا المعنىٰ فِي معنىٰ المستهلك، ولأنه لو احتاج إلىٰ هذا الخيط، كان له أخذُه فلم يجب عليه ردُّه إذا أخذُه وخاط به، وبهذا فارق الساجَةَ إذا بنىٰ عليها حيث قلنا يردُّها، لأنه لا حرمة للحائط فِي نفسه؛ ولأنه لو احتاج إليها للبناء ابتداءً لم يَجُزْ له أخذُها.

هذا إذا خيف التلف بقلعه، فأما إذا لم يخف التلف بقلعه لكن يخاف تباطؤ البرء وتأخره فهل يقلع؟ فيه وجهان مبنيان علىٰ القولين فِي المريض إذا خاف تباطؤ البرء باستعمال الماء، فإن قلنا ينتقل إلىٰ التيمم انتقل ههنا إلىٰ القيمة فيغرمها له، وإن قلنا هناك لا ينتقل، فههنا يرده.

وأما إذا كان الحيوان مأكولًا كالشاة والبقرة وغيرهما فهل يقلع الخيطَ منه ويرد أم لا؟ فيه قولان؛ أحدهما: يقلع، لأن الحيوان لا يتلف عليه، لأنه يذكيه، والثاني: لا يقلع ولا يذبح، لأن النبيَّ ﷺ نَهىٰ عن ذبح الحيوان إلا لمأكلة[3]، وهذا الذبح لغير مأكلة، فلم يَجُزْ، وإذا لم يَجُزْ لم يُمَكَّنْ من قلعِ الخيط[4].

---

(١) تمام الكلام ومقتضىٰ السياق: فإن لم يكن له حرمة وجب ... إلخ.

(٢) تمام الكلام ومقتضىٰ السياق: فإن كان غير مأكول كالآدمي... إلخ.

(٣) أخرج النسائي (٤٨٤١) والحاكم (٧٥٧٤) عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، بنحوه.

(٤) الحاوي الكبير (٧/ ٢٠١) وبحر المذهب (٦/ ٤٥٥ - ٤٥٦).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَلَوْ غَصَبَ طَعَامًا فَأَطْعَمَهُ مَنْ أَكَلَهُ، ثُـمَّ اسْـتَحَقَّ؛ كَانَ لِلْمُسْـتَحِقِّ أَخْذُ الْغَاصِبِ بِه[١])[٢].

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَ منه طعامًا ثم أطعمه إنسانًا لم يَخْلُ المُطْعَمُ من أحد أمرين؛ إما أن يكون المغصوبَ منه أو غيرَه.

فإن كان المُطْعَمُ غيرَ المغصوب منه لم يخلُ من ثلاثة أحوال: إما أن يقدمه إليه ويطلق له الإذن فِي أكله، أو يقول: كُلْه، فإنه لي، أو يخبره أنه مغصوب، فإن أطلق ذلك وأكله، وثبت أنه مغصوب، فإن للمغصوب منه أن يُضَمِّن من شاء منهما؛ أما الغاصبُ فلأنه غَصَبَه وأما المطعَمُ فلأنه أخذه من يد ضامنه.

ولمعنىٰ آخر وهو[٣] أنه أتلفه، فإذا غرم الغاصب غرمه قيمته أكثر ما كانت من حين غصْبِه إلىٰ أن أكل المطعَمُ، وإن غرم الآكل غرَّمه القيمة أكثر ما كانت من حين أخذه إلىٰ أن أكله، ولا تكون الزيادة فِي يد الغاصب.

والفرقُ بينهما أن الطعامَ مضمونٌ علىٰ الغاصب بعد أن قبضه الآكل فغرم الزيادة فِي ملكه، وليس بمضمون علىٰ الآكل إذ كان فِي يد الغاصب.

إذا ثبت هذا، فإن غرم الآكلُ فهل يرجع علىٰ الغاصب؟ فيه قولان؛ **أحدهما:** قاله فِي القديم يرجع لأنه غَرَّه، **والثاني:** لا يرجع، قاله فِي الجديد، لأنه انتفع به حين أتلفه.

وهذا كما قلنا فِي الغاصب للجارية إذا باعها ووطئها المشتري وغرم

(١) ليس في (ص).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

(٣) ليس في (ص).

المهر، فهل يرجع به علىٰ الغاصب؟ قولان، لأن المنفعة قد جُعِلت له فِي مقابلة ما غرم من المهر.

وإن غرم الغاصب، فإن قلنا: لو غرم الآكلُ رجع لم يرجع الغاصب، وإن قلنا: لا يرجع، رجع عليه الغاصب.

فأما إذا قدمه إليه، وقال: هذا لي، فإذا ضمن الآكل فهل يرجع علىٰ الغاصب؟ قولان، وإن غرم الغاصب لم يرجع علىٰ الآكل قولًا واحدًا، لأنه أضاف الطعام إلىٰ نفسه، فتضمَّن ذلك الإقرارُ بأن بينته كاذبَة، وأنه ظلمه بما غرمه، فلا يرجع علىٰ غيره بما أقر بأنه مظلوم به.

فإذا أخبره بأنه مغصوب، فقد دخل علىٰ بصيرة، فإن غرم الغاصبُ رجع علىٰ الآكل، وإن غرم الآكلُ لم يرجع علىٰ الغاصب، لأنه ما غَرَّه، وكان التلف فِي يده.

فأما إذا أطعمه المغصوبَ منه، نُظِر، فإن كان عالمًا بأنه طعامُه فقد برئ الغاصبُ، لأنه رد الطعام إليه ردًّا تامًّا، وعاد فِي يد المغصوب منه، كما كان، ولأنه أتلفه لنفسه مع علمه بذلك، فهو كما لو جاء وهو فِي يد الغاصب فأتلفه، أو كان عبدًا فأعتقه.

وإن لم يعلم ذلك ففيه وجهان؛ **أحدهما**: أنه برئ من الضمان، لأنه رده إليه، **والثاني**: لا يبرأ، لأنه ما رجع إليه رجوعًا كاملًا، لأنه إنما أخذه ليأكله فحسب، ولأنه لو غَصَبَ منه شعيرًا أو قتًّا، فعلفه بهائمه، لم يزل عنه الضمان، وإن كانتِ المنفعة راجعة إليه، فكذلك ههنا[1]، والله أعلم.

---

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٢٠٥)، ونهاية المطلب (٧/ ٢٧٧)، وبحر المذهب (٦/ ٤٥٦)، وقد ذكر الجويني رَحِمَهُ اللَّهُ ههنا ضابطًا نفيسًا في التفريق بين طريقة المراوزة وطريقة العراقيين في الأيدي التي تترتب علىٰ يد الغاصب، فليرجع إليه من شاء، والله ولي التوفيق.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَلَوْ حَلَّ دَابَّةً أَوْ فَتَحَ قَفَصًا عَنْ طَائِرٍ، فَوَقَفَا ثُمَّ ذَهَبَا، لَمْ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّهُمَا أَحْدَثَا الذَّهَابَ)(١).

وهذا كما قال.. إذا حل رباط فرسٍ فغار، أو فتح قفصًا عن طائرٍ فطار، ففيه ثلاث مسائل؛ **أحدها**: أن يهَيجهما بعد الحل والفتح فيذهبا، **والثانية**: أن يحلهما ولا يهيجهما، ويقفا بعد الفتح والحل، ثم يذهبا، **والثالثة**: أن لا يهيجهما ويذهبا عَقِيب الفتْح والحلِّ.

فأما إذا هيجهما - وهي المسألة الأولى -: فإن عليه الضمان، إذا تلفا أو ضاعا، والدليلُ عليه: أنه ألجأهما إلىٰ ذلك بتهييجه إياهما، فهو كما لو دحرج عِدْلًا فيه قطن حتىٰ وقع فِي النار فاحترق، وكذلك إذا رمىٰ رجلًا فِي البئر، فإنه يضمنه، وهذا لا خلاف فيه.

وأما المسألة الثانية - وهو إذا هيَّجهما ووقفا، ثمَّ ذهبا - فإذا ضاعا، فلا ضمان عليه عند الشافعيّ، وأبي حنيفة، وقال مالك: يجب عليه ضمانُهما(٢).

واحتج من نصره بشيئين؛ أحدهما: أن الذي كان يمسكُ الدابة هو رباطُها، والذي كان يمسكُ الطائر هو غَلْقُ القفص، فإذا حلَّ الرباطَ وفتَحَ القَفَصَ فقد وُجِد منه سببُ الذَّهاب والتنفير، فهو كما لو هيجهما، **والثاني**: أنه لا خلاف أنه إذا فتح باب المراح فخرجتِ الماشية، فأفسدت زرعًا أن عليه ضمانَ الزرع، فكذلك إذا حلَّ رباط الدابة فغارت، ولا فرق بينهما.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

(٢) وقال بعض فقهاء الشافعية بخراسان: هذا قول آخر للشافعي، وأنكر ذلك أهل العراق.. بحر المذهب (٦/ ٤٥٨).

ودليلُنا: أن الأصلَ براءةُ الذمة، فمن ادَّعىٰ اشتغالها بالضمان، فعليه الدليل.

وأيضًا، فإن البهائم لها اختيارٌ وإرادةٌ، ألا ترىٰ أنها تطلب الرعي والمنافع، وتتجنب المضار والمهالك.

وإذا كان كذلك فقد وُجِد منه السبب الذي ليس بمُلِجٍّ [ووجد من البهيمة المباشرةُ والفعلُ، وإذا اجتمع السببُ الذي ليس بمُلِجٍّ] (١)، والمباشرةُ فِي ضمان الإتلاف تعلَّق الحكمُ بالمباشرة دون السبب، الدليلُ عليه: إذا حفر بئرًا فدفع رجلٌ رجلًا فيها، فتلف، فإن الضمان علىٰ الدافع ولا يدخُلُ عليه المُحْرِمُ إذا أمسك صيدًا فقتله حلالٌ وهو فِي يد المحرم حيث قلنا إن الضمان علىٰ المحرم دون الحلال المباشر، لأن ذاك ضمان يد، وليس بضمان إتلاف، فأما فِي ضمان الإتلاف فإن الحكمَ يتعلَّق بالمباشرة دون السبب.

ولا يدخُلُ عليه مسألةُ الإكراه فِي القتل، لأن الإكراه سببٌ مُلِجٌّ، ولا يدخُلُ عليه إذا شهد أربعةٌ علىٰ رجل بالزنا، وهو محصَنٌ، فقُتِل بالرجم، ثم رجع الشُّهود حيث قلنا يجب الضمانُ عليهم، لأن السببَ الملجئَ قد وُجِد منهم، لأن الشهادة إذا صحَّت لزم الحاكم أن يحكمَ بها، ويأثم إن لم يحكم، فهو ملجأ من طريق الشرع إلىٰ الحكم بها.

فأما الجوابُ عن قياسِهم عليه إذا هيَّجه ونفَّره، فهو أن المعنىٰ فيه أنه قد وُجِد منه السببُ الملجئُ إلىٰ الهرب والذهاب، فلزمه الضمان، وفِي مسألتنا لم يوجد منه سبب ملجئ، فلهذا لم يلزمه الضمان.

وأما ما ذكروه من فتح المراح، فالجواب عنه أنه يُنظر؛ فإن كان الذي فتحه

---

(١) ليس في (ص).

أجنبيًّا فلا ضمان عليه كمسألتنا سواء، وإن كان صاحبها هو الذي فتح الباب، فإن كان ذلك نهارًا، فلا ضمان عليه، لأن علىٰ أهل الزرع حفظَ زرعهم نَهارًا، فإن كان ليلًا، فعليه الضمان، لأن عليه حفظها ليلًا، ألا ترىٰ أنه لو لم يؤها ليلًا، لزمه ضمان ما تتلفه، فلم يصح ما قالوه.

وأما المسألة الثالثة - وهي إذا لم يهيِّجْهما وذَهَبا عَقِيب الحلِّ والفتْح - فقد اختلف أصحابنا:

فمِنهُم مَن قال: إن كان أثارهما الدنوُّ منهما، وهيجهما قعقعةُ فتح القفصِ وحلِّ الشِّكال، وطلبا المَخْلَصَ عند ذلك، فعليه الضمان، لأنه قد وُجد التهييج، ولا فرق بين أن يقصده، وبين أن يفعل فعلًا يهيجان به، وإن كان لم يهيجهما ذلك، وكانا واقفين مكانهما ولم يفزعا، ولا طالبا المخلصَ فلا ضمان عليه إن تلفا، ولا فرق بين أن يقفا أو لا يقفا، لأن السبب الذي وجد منه غير ملجئ، وقد وجد الذهاب باختيارهما.

ومن أصحابنا من قال: المسألة علىٰ وجهين؛ أحدهما: عليه الضمان، الثاني[١]: لا ضمان عليه، لأن الشافعيَّ[٢] ذكر فِي «اللقطة» هذه المسألة وشرط فِي سقوط الضمان الوقوفَ، لأنه قال: فوقفا ثم ذهبا، فدل [هذا التقسيم][٣] علىٰ أنهما إذا لم يقفا، فعليه الضمان، وذكر فِي القديم أنه لا ضمان عليه، فأطلق، ولم يشترط الوقوفَ[٤].

إذا ثبت هذا التقسيمُ، فإن قلنا عليه الضمان، فالدليل عليه أنه لما وُجِدَ الذهابُ عَقيب فِعْله علم أن ذلك كان بفعله فهو كما لو هيجهما، والصحيح

---

(١) في (ص)، (ف): والثانية.

(٢) الأم (٤/ ٧١).

(٣) ليس في (ص).

(٤) نقل ذلك بحر المذهب (٦/ ٤٥٨) وتوسع في شرحه.

أنه لا ضمان عليه، لأن السبب غير ملجئ، وقد وجد ذهابهما باختيارهما علىٰ حسب ما بيناه، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَلَوْ حَلَّ زِقًّا أَوْ رَاوِيَةً فَانْدَفقَا ضَمِنَ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الزِّقُّ ثَبَتَ مُسْتَنِدًا فَكَانَ الْحَلُّ لَا يَدْفَعُ مَا فِيهِ ثُمَّ سَقَطَ بِتَحركٍ أَوْ غَيْرِهِ فَلَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ الْحَلَّ قَدْ كَانَ، وَلَا جِنَايَةَ فِيهِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا حل زقًّا مملوءًا، فلا يخلو أن يكون الذي فيه مائعًا أو جامدًا، فإن كان مائعًا، نُظِر، فإن كان مطروحًا، وكان بحيث لا يمسك ما فيه إلا الشد، فإذا حلَّه ففاض ما فيه، لزمه الضمان، لأنَّا نعلم أنه لا يمسكه إلا الشد، وأنه إذا حلَّه فاض ما فيه، فهو كما لو باشر إراقته فسرىٰ ذلك إلىٰ نفسه، لزمه الضمان، فهذا أولىٰ، لأنَّا نعلم ضرورةً أن ما فيه يفيض إذا حله، وأما الجراحة فقد تَسري وقد لا تسري.

وأما إذا كان الزقُّ قائمًا مستندًا فحلَّه، فإن اضطرب وانصبَّ فِي الحال ضمنه، لأنه انصبَّ بفعله كما ذكرنا إذا كان مطروحًا، وإن لم ينصبَّ فِي الحال، ولكنه مال إلىٰ جانب قليلًا، وما زال يميل حتىٰ وقع وفاض ما فيه، فعليه الضمان، لأن ذلك سرايةُ فعله.

وأما إذا لم يصبه شيء من ذلك وبقي بحاله مستندًا ثم انصبَّ بعد ذلك، فلا ضمان عليه، لأنه يجوزُ أن يكونَ وقع بِهبوب الريح أو زلزلة أو دفع آدمي مَرَّ بجنبه أو بَهيمة، وإذا احتمل أن لا يكون ذلك بفعلِهِ ولا بِسِراية فعلِهِ، فلا ضمان عليه.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

فأما إذا كان ما فِي الزقّ جامدًا فطلعتْ عليه الشمسُ فأذابته بعد ما حله، فانصبَّ ما فيه، ففيه وجهان؛ أحدهما: يضمنه، لأن ذلك بسبب فِعلِهِ، وإنما أعان عليه حرُّ الشمس كما إذا جرح آدميًّا فِي وقت حارٍّ فسَرَىٰ ذلك إلىٰ نفسه لشدة الحرِّ فمات، فإن الضمان يلزم الجارح، والثاني: لا ضمان عليه، لأنه لم ينْصَبَّ بفعله، وإنما انصبَّ بسبب آخر، وهو ذوْبُهُ بحرِّ الشمس، فهو كالمائع إذا وقع بدفْع الريح بعد الحلِّ[١].

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَلَوْ غَصَبَهُ دَارًا، فَقَالَ الْغَاصِبُ «هِيَ بِالْكُوفَةِ» فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا ادَّعَىٰ عليه أنه غَصَبَه دارًا لم تُسمع تلك الدعوىٰ حتىٰ يعينها فيَصِفُ حدودها التي تنتهي إليه، ويبين الموضع الذي هي فيه، فإذا عين ذلك سُمعت دعواه ورَجَعَ إلىٰ المدعي عليه، فإن أقر له بها فلا كلام، وإن أقر له بغيرها، فَقَبِلَ المدعي إقراره، وقال: «تلك أخرىٰ قد غَصَبَها مني أيضًا والتي أدعيها عليه هذه» فإن تلك التي أقر بها تثبت له، وأما هذه التي ادعاها عليه، فالقول قوله فيها، لأنه مدعىٰ عليه.

فأما إذا قال المدعي: «تلك الدار لي» بطل إقرارُه له بها، لأن صحة الإقرار موقوفة علىٰ قبول المقر له، والقولُ قولُه فيما ادعاه عليه[٣] واللهُ أعلمُ.

---

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٢١٠)، وبحر المذهب (٦/ ٤٥٩ - ٤٦٠).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

(٣) الحاوي الكبير (٧/ ٢١٢)، وبحر المذهب (٦/ ٤٥٩).

• فَصْلٌ •

إذا كانت لرجلٍ بهيمةٌ، فأكلتْ حشيشًا لقوم، فإن كانت يدُ صاحِبِها عليها بأن يكونَ معها ضمِن الحشيشَ، وإن لم يكن معها ضمِن إذا كان ليلًا، وإن كان نهارًا، لم يضمن.

فإمَّا إذا ابتلعتْ بَهيمتُه جوهرةً أو غيرها مما لا يتلفُ بابتلاعها، فإنه يُنظر:

فإن كانتِ البهيمة لا يؤكل لحمُها، لم يَجُزْ ذبحها، لأن البهيمة التي لا يؤكل لحمها لها حرمة كحرمة الآدمي، فلا يحِلُّ قتلُها كما لا يحِلُّ قتل الآدمي.

ولو أنها قتلتْ صاحبَ الجوهرة لم تقتل، فلا تقتل أيضًا لإخراج الجوهرة من بطنها، إلا أن صاحبها يغرم الذي ابتلعته لصاحبه إذا كان صاحبُها معها، وإن لم يكن معها، لم يغرم.

وإن كانتِ البهيمةُ مما يؤكل لحمُها، فهل يجوز ذبحها لإخراج ما ابتلعته، فيه قولان كما قلنا فِي انتزاع الخيط إذا خاط جرحها به، فإن قلنا يُنزع الخيط، ذُبِحت ههنا، وإن قلنا لا يُنزع الخيط، لم تُذْبح، وعليه الغرامة.

• فَصْلٌ •

إذا اشترى رجلٌ شاةً بشيءٍ من القتِّ، فأكلتِ الشاةُ القَتَّ، وهي فِي يد البائع قبل أن يتسلمها المشتري، وكان القتُّ فِي يد المشتري لم يتسلمه البائعُ، فقد استقر العقد، ولم يبطل بذلك، لأن فعل البهيمة إذا كانت يد صاحبها عليها بمنزلة فعل صاحبها، وإتلافُ البائع للثمن فِي يد المشتري بمنزلة قبضه، فجعل إتلافها للثمن بمنزلة قبض البائع له.

وكذلك إتلافُ المشتري للمبيع، لأنه إذا اشترىٰ منه عبدًا، ثم قتله قبل قبضه، لم يبطل البيع، ويكون كما لو قبضه، ثم أتلفه.

وإن كان المشتري تسلَّمها وما سلَّم القتَّ فأكلتْه قبل التسليم بطل البيع، لأنها فِي يده، وقد تلف ثمنُها قبل قبضه، وهذا كما نقول فِي الشاة إذا رهنها وسلَّمها إلىٰ المرتهن، فأكلت قتَّ الراهِنِ؛ كان علىٰ المرتهن الضمان.

وكذلك إذا أكلتِ البهيمةُ المعارةُ وهي فِي يد المستعير قتَّ المعير، فإن الضمان علىٰ المستعير.

وكذلك إذا كانتِ الغنمُ فِي يد الراعي فأتلفت زرعًا، لزم الراعي ضمانه، لأنها فِي يده، فإتلافُها كإتلاف من له اليد عليها، فكذلك إتلافُ الشاة إذا كانت فِي يد المشتري بمنزلة إتلاف المشتري ولو أن المشتري أتلف القتَّ، بطل البيع، فكذلك ههنا.

وإن كان البائعُ تسلَّم القتَّ أيضًا، وكانت يد المشتري علىٰ البهيمة، ضمن القتَّ، ولا يؤثر ذلك فِي البيع.

فرع

إذا أدخلت بهيمةٌ لرجل رأسَها فِي قِدر باقلائي، ولم يمكن إخراجُه منها إلا بعد الكسر، فإنه يُنْظَر:

فإن كانت فِي يد صاحبها فإنَّ فعلَها منسوب إليه، فإن كانت بهيمة لا تؤكل فإنها لا تُذبح، ويكسر القِدْر، لأن للبهيمة حُرمةً فِي نفسها، ولا حُرمة للقِدْر فِي نفسها، وعلىٰ صاحب البهيمة الضمانُ، لأن ذلك بتفريط منه، وإن كانتِ البهيمة تؤكل ففيه وجهان؛ **أحدهما**: إن القِدْر لا تُكسر وتُذبح البهيمة، **والثاني**: أن القِدْر تكسر، ولا تذبح البهيمة، لأن ذلك ذبح لغير مأكلة، وهذان الوجهان مبنيان علىٰ ما ذكرنا فِي مسألة نزْع الخيط إذا خاط به جرح بَهيمة تؤكل.

وإن لم تكُن يدُ صاحب البهيمة عليها كان التفريطُ من جِهة صاحب القِدْر بأن ترك القِدْر فِي الطريق، فإن القِدْر تكسر، ولا ضمان علىٰ صاحب البهيمة، لأن التفريط من جهة الباقلائي، فهو كما لو أمسكها، وأدخل رأسها.

وإن لم يكن من واحدٍ منهما تفريطٌ مثل أن يكون الباقلائي ترك قِدْره فِي موضعها، ولم تكن البهيمة فِي يد صاحبها، فإن القدر تكسر، ويجب الضمان علىٰ صاحب البهيمة، لأنها تكسر لتخليص ماله، فكان عليه الضمان.

فرع

إذا دخل فصيلٌ دارَ رجُل، فثرىٰ وكبر حتىٰ صار بحيث لا يسعه الباب، فإن البابَ يُهدم، فإن كان التفَريطُ من صاحب الدار، لأنه أدخل الفصيلَ داره بنفسه فلا ضمان علىٰ صاحبه.

وإن كان التفريطُ من جهة صاحب الفَصِيل مثل أن يكون غَصَبَه الدار، وأدخلها فصيله، فإن الضمانَ عليه لوجود التفريط منه، وإن لم يكن منهما تفريطٌ، فإن الضمانَ علىٰ صاحب الفَصِيل، لأن النقض والهدم لتخليص ملكه.

وكذلك إذا باع الرجل دارًا، وله فيها حَبٌّ لا يسعه الباب، فإنه ينقضه وعليه غرامة بابه، لأن يفعل ذلك لتخليص ملكه.

فرع

إذا وقع دينارٌ لرجل فِي محبرة آخر، فإن كان التفريط من صاحب المحبرة، كُسِرتِ المحبرة ورُدَّ الدينار، ولا ضمان علىٰ صاحبه.

وإن كان التفريط من جهة صاحب الدينار كُسِرت أيضًا وكانتِ الغرامة عليه، لأن ذلك كان بتفريط منه.

وإن لم يكن من واحد منهما تفريط، فإنها تُكْسر ويكونُ ضمانُها علىٰ صاحب الدينار، لأنه تكسر لتخليص ملكه.

فإمَّا إذا كانت قيمة المحبرةِ دينارًا، وقد وقع فيها دينارٌ، كان صاحبه بالخيار بين أن يكسرها، ويغرم قيمتها، وبين أن يدعها، ويدع الدينار فيها.

فرع

إذا سرق سارقٌ فَرْدَ خُفٍّ لرجل فأتلفه، وقيمة الفرد الذي سرقه منفردًا درهَمان وقيمة الزوج مجتمعين عشرة دراهم، فكم يضمنُ لصاحب الخفِّ؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يضمنُ له ثمانية دراهم، لأن قيمة الجملة، كانت عشرة، وقيمة كل فرد خمسة، وقد أتلف أحدهما وبقي الآخرُ وقيمتُه درهمان، وقد أتلف عليه فِي الجملة ثمانية دراهم.

والثاني: أنه لا يلزمه إلا درهمان، لأنهما قيمة القدر الذي أتلفه ولا تجب عليه إلا قيمة ما أتلفه، فأما قيمة ما نقص بسبب إتلافه لشيء آخر فلا يلزمه، ولا قطع عليه بلا خلاف بين أصحابنا حتىٰ تبلغ قيمة الفرد الذي سرقه نصابًا، لأنه ما أخرج من العين إلا عينًا قيمتها درهمان، وما زاد علىٰ ذلك فليس هو قيمة العين التي أتلفها، وإنما يلزمه القطع إذا أخرج عينًا قيمتها نصابًا فأكثر.

فأما ما يكمل به النصاب فالتزمه بسبب آخر فلا، ألا ترىٰ أنه إذا هتك الحرز، فأتلف فيه شيئًا وأخذ شيئًا قيمته تنقص عن النصاب ويكمل النصاب بإضافة قيمة ما أتلفه، فإن القطع لا يلزمه، لأن ذلك القدر ما أخرجه من الحرز، وإنما أتلفه وخرج هو فِي ذمته، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَلَوْ غَصَبَهُ دَابَّةً فَضَاعَتْ، فَأَدَّى قِيمَتَهَا، ثُمَّ ظَهَرَتْ، فرُدَّتْ عَلَيْهِ، ردَّ مَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهَا)[١].

وهذا كما قال.. إذا غَصَبَ منه عبدًا فأبق، أو بعيرًا فشرد، أو فرسًا فغار، أو طائرًا فطار، كان للمغصوب منه أن يطالبه بقيمة المغصوب، فإذا أعطاه القيمة ملكها المغصوبُ منه، ولم يملك الغاصبُ العينَ المغصوبة، وإذا رجعتْ وجب عليه رَدُّها وكان له استرجاعُ ما أعطىٰ من القيمة[٢].

وقال أبو حنيفة: يملكُ القيمة ويملكُ الغاصبُ المغصوب، فإذا رجع لم يجب عليه رده، لأنه ملكه، وليس للمغصوب منه ردُّ القيمة عليه واسترجاع المغصوب.

واحتج من نصره بأنه تضمين فيما ينقل فيه الملك، فوجب أن ينتقل به الملك؛ الدليلُ عليه إذا غَصَبَ زيتًا، فخلطه بزيته، ولأنه إذا كانت له جاريةٌ فوطئها أحدُهما وأحبلها قُوِّم عليه نصيبُ شريكه ويزول الملك به، فكذلك ههنا.

قالوا: ولأنَّا إذا[٣] ملَّكناه القيمةَ وبقَّينا المغصوبَ علىٰ ملكه أدىٰ ذلك إلىٰ أن يجمع له بين البدل والمبدل، وذلك لا يجوز، كما لا يجوزُ أن يجتمعَ لرجل الثمن والمثمن.

ودليلُنا: أن الأصلَ أن المغصوبَ ملكٌ للمغصوب منه، فمن ادَّعىٰ زواله إلىٰ الغاصب فعليه الدليل، ولأنه غرم ما تعذر ردُّه لخروجه من يده، فوجب

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

(٢) بحر المذهب (٦/ ٤٦٩).

(٣) ليس في (ص).

أن لا يملكه، الدليل عليه: إذا غَصَبَ منه مُدَبَّرًا فأبق.

فإن قيل: المعنىٰ فِي المُدَّبَرِ أنه لا يصحُّ نقلُ الملك فيه بالبيع، وليس كذلك فِي مسألتنا فإنه يصحُّ نقلُ الملك فِي المغصوب، فانتقل الملكُ فيه، بالتضمين.

فالجوابُ عنه من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنا لا نسلِّم ذلك، لأن عندنا يجوزُ بيع المُدَبَّر ولا يصحُّ المعارضة علىٰ أصلكم أيضًا، لأن بيع الآبق والطير الطائر وكل ما لا يقدر علىٰ تسليمه لا يجوزُ بيعُه ولا يصحُّ نقلُ الملك فيه بالبيع، ثم نقول: لو كان تقويمُ الغاصب يقتضي زوال الملك لما دخل إلا حيث يصحُّ زوال الملك، وقد أجمعنا علىٰ أنه يدخل التقويم حيث لا يصح زوال الملك فيه[١]، لأن علىٰ مذهبكم يُقَوَّمُ المُدَبَّرُ، ولا يصحُّ زوال الملك فيه، وتُقَوَّمُ أم الولد أيضًا ولا يصحُّ زوالُ الملك فيها، ولأنه تقويم لأجل الحيلولة فلم يتعلق به زوال الملك المقوم لما[٢] ذكرناه، ويدل عليه أنه إذا رجع، وجب عليه ردُّه.

فنقول: إنه إنما غرم قيمته لأجل الحيلولة بالإباق، فإذا رجع فقد زال ذلك المعنىٰ، فوجب أن يجب ردُّه علىٰ صاحبه، كما نقول فِي ضوء العين إذا ذهب ثم عاد، فإن الأرش يرد، وكذلك إذا قلع سِنًّا ثُمَّ نبتت وجب رد الأرش، لأنه وجب لذهاب الشين، فإذا عادت وجب الرد.

فأما الجوابُ عن دليلِهِم الأول، فهو أَنَّا لا نسلِّم أنه يصح نقل الملك فيه، لأن بيع المغصوب منه إذا أبق لا يصح ثم إن هذا ينتقض به إذا قطع إحدىٰ يدي عبد أو قطع رَجُلان يديه كلُّ واحدٍ منهما يدًا فإنه يُقَوَّم فتجب نصفُ

---

(١) في (ص، ف): «فيه قولان» وكلمة «قولان» يبدو أنها زائدة.

(٢) في (ص، ف): «ما».

القيمة أو جميعها، وذلك تضمينٌ فيما ينقل فيه الملك ولا ينتقل الملك، لأن العبد يبقىٰ علىٰ ملك صاحب العين، ثم المعنىٰ فِي الزيت أنه يصحُّ بيعُه فِي تلك الحال، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإن الآبق لا يصح بيعه، فلهذا لم ينتقل فيه الملك.

وأما الجوابُ عن الجارية بين الشريكين، يطأها أحدُهُما فيُحْبِلها، فهو أن الإحبال إذا سرىٰ انتقل المِلْكُ بِسِراية الإحبال قبل التقويم، وإنما الكلامُ فِي انتقاله بالتقويم، فلم يصح قياسُه علىٰ تلك المسألة، لافتراقهما من الجهة التي ذكرناها.

وأما الجوابُ عما ذكروه من اجتماع البدل والمبدل لأحدهما، فهو أنه منتقضٌ[1] بمسألة العبد يقطع اثنان يديه، فإن صاحبه يأخذ جميع قيمته ويجتمع له البدل والمبدل منه[2].

ثم المعنىٰ فِي البيع أنه معاوضة ومن شرْطِ المعاوضة أن يحصل لأحدهما عوض فِي مقابلة ما حصل للآخر، فلو جمعنا بين الثمن والمثمن فِي حقِّ أحدهما كان ذلك إخراجًا من موضوعه، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن هذا التقويم ليس للمعاوضة، وإنما هو لتعذر رد المغصوب بخروجه من يده، ألا ترىٰ أنه إذا قدر عليه قبل القبض، وجب عليه ردُّه.

• فَصْلٌ •

إذا تقرَّر أن الغاصِبَ لا يملِكُ المغصوبَ بالتقويم، وأنه باقٍ على مِلْك المغصوبِ منه، فإذا قدر عليه، وَجَبَ ردُّه على المغصوب منه، وإذا رده عليه وجب علىٰ المغصوب منه ردُّ القيمة التي أخذها، فإن كانت بحالها لم تزد

(١) في (ف): «ينتقض».

(٢) ليس في (ص).

ولم تنقص ردها بعينها، وإن كانت زادت زيادة متميزة وكانتِ الزيادة للمغصوب منه لأنها نماء متميز عن ملكه، وإن كانتِ الزيادة متصلة ردها بزيادتها.

وأما المغصوبُ فإنه يأخذه بزيادته المتميزة، وغير المتميزة، وليس للغاصب شيءٌ فِي ذلك، لأنه كان ناميًا علىٰ ملك المغصوب منه.

هذا إذا كانتِ القيمةُ باقيةً، وإن تلفت ردَّ عليه مثلَها إن كان لها مثلٌ، أو قيمَتَها إن لم يكن لها مثلٌ.

فأما أُجرة مثل المغصوب؛ فلا خلاف بين أصحابِنا أن الغاصبَ يلزمُه ردُّ أُجرة المثل من حين غَصَبَ إلىٰ أن يسلم القيمة.

فأما ما بعد ذلك ففيه وجهان؛ **أحدهما**: يلزمه، لأن المغصوب كان ناميًا علىٰ ملك المغصوب منه، **والثاني**: لا يلزمه ذلك، ويكون الانتفاع بالقيمة فِي مقابلة ذهاب منافع المغصوب، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

قال المُزَنِي[1]: (لو قال الغاصب «أنا أشتريتُها منك، وهي فِي يدي قد عرفتها» فباعه إياها، كان البيع جائزًا) وقال فِي موضع آخر (منع بيع الغائب فِي إحدىٰ المسألتين، وأجاز فِي الأخرىٰ)[2].

وهذا الذي ذكره المُزنِي معناه أن قول[3] الشافعي فِي أخذ القيمة ليس ببيع، ولو كان بيعًا ما جاز بيع دابة غائبة.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

(٢) وقع في (ص، ف) تقديم وتأخير بين هذين القولين، فأعدت ترتيبهما كما جاء في المختصر.

(٣) زيادة من عندنا فقط.

ثم قال المُزَنِي رَحِمَهُ اللَّهُ[١]: (قد منع الشافعي بيع الغائب فِي إحدىٰ المسألتين، وأجازه فِي الأخرىٰ)، وقد قال: (إذا قال الغاصب «الدابة عندي بعينها» فباعها منه، إن البيع جائز، وهي غائبة).

والجواب: أن الشافعيَّ أراد بقوله ما جاز أن تباع دابة غائبة غير مقدور علىٰ تسليمها كما لا يجوز بيع الآبق، والطائر فِي الهواء، والسمك فِي الماء، ويخالف هذا بيعها من الغاصب، لأن الدابة مقدور علىٰ تسليمها، فإذا كان كذلك سقط سؤال المزني.

وأما بيعُ المال الغائب المقدور علىٰ تسليمه، فقد حكينا فِي البيوع: أنه إذا رآه المشتري، ثم اشتراه بعد ذلك، وقد سبقت معرفتُه به أن البيع يصح، فإن تسلمه وكان علىٰ صفته فلا خيار له، وإن كان تغير عن صفته، كان له الخيار، ولا فرق بين أن تطول المدة أو تقصر.

وقال أبو علي ابن أبي هريرة: إن طالتِ المدةُ ولم يؤمن تغيره فيها لم يصح البيع، وإن قصرت وأمن تغيره صح البيع.

وهذا ليس بصحيح، لأن التغير قد يكون فِي المدة القصيرة والمدة الطويلة فلا يؤمن فِي الحال، ولأنه إذا احتمل أن يكون علىٰ صفته، واحتمل أن يكون قد تغير، فالأصلُ بقاؤه علىٰ تلك الحال وعدم التغيير.

فَرع

إذا أنزىٰ فحْل غيره علىٰ رمكته[٢] بغير إذنه، فأتت بولد، كان الولد له دون صاحب الفحل، لأن الولد يتبع الأمَّ فِي الملك، ألا ترىٰ أن ولد الأمة من زوجها يكون مملوكًا لسيدها دون زوجها، ولا أجرة عليه للعسب، لأن النبي

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٧).

(٢) الرمكة وزان رقبة، الأنثىٰ من البرذون تتخذ للنسل.

ﷺ، نهىٰ عن عسْبِ الفحْل[١] ويُنظر، فإن نقصت قيمة الفحل بذلك، لزمه ضمان ما نقصه، وذلك مثل أن يكون الفحل ما نزىٰ علىٰ بهيمة، فيعتاد بذلك النزو، فيغلبه الشبق والشهوة، فيضر براكبه ويخبط به إذا رأىٰ حجرًا، وإن أنزىٰ فحلًا له علىٰ حجر لغيره كان الولد لصاحب الحجر دون صاحب الفحل، لما ذكرنا.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رضي الله عنه : (وَلَوْ بَاعَهُ عَبْدًا وَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَقَرَّ الْبَائِعُ أَنَّهُ غَصَبَهُ مِنْ رَجُلٍ فَإِنْ أَقَرَّ الْمُشْتَرِي نَقَضْنَا الْبَيْعَ وَرَدَدْنَاهُ إِلَى رَبِّهِ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا باع رجلٌ من رجل عبدًا، ثم ادَّعىٰ آخر أن العبد له، وأن البائع غَصَبَه منه، لم يخل حال المشتري من أحد أمرين، إما أن يكون أعتق العبد أو لم يعتقه:

فإن لم يعتقه لم يخل حال البائع والمشتري من أحد أربعة أحوال؛ إما أن يصدقاه علىٰ دعواه، أو يكذباه، أو يصدقه البائع دون المشتري، أو المشتري دون البائع.

فإن صدقاه، وجب علىٰ المشتري ردُّ العبد عليه، وكان علىٰ البائع ردُّ الثمن إن كان قبضه، وإن كان لم يقبضه، سقط عن المشتري، لأن العقد حقٌّ لهما، ولا يتعلق بالعقْدِ حقٌّ لغيرهما.

فإذا أقر بالعبد للمدعي وصدقاه فِي دعواه لزمهما إقرارهما.

وأما إذا صدَّقه البائع وكذَّبه المشتري، لم يصح إقرار البائع له بالعبد،

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٨٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما، وأخرجه مسلم (١٥٦٥) عن جابر رضي الله عنه، بنحوه.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٨).

لأنه ملك لغيره وإقرار الإنسان فِي ملك لغيره لا يصح، ألا ترىٰ أنه إذا أقرَّ بأن العبد الذي فِي يدِ زيدٍ لعمرٍو لم يصح إقراره، فكذلك ههنا.

وأما الثمن فإن كان البائع قبضه لم يكن للمشتري قبضه؛ لأنه مقر بصحة البيع واستحقاق البائع الثمن.

وإن كان البائع لم يقبض لم يكن له أن يبيعه، لأنه مقر ببطلان البيع، وأنه لا يستحق الثمن علىٰ المشتري.

وهل يغرم البائعُ قيمةَ العبد إذا لم يثبت للمدعىٰ بإقراره أم لا؟ قد ذكرنا فيما مضىٰ أن الرجل إذا قال: «هذا لزيد لا بل لعمرٍو» أن العبد يثبت لزيد، وهل يغرم قيمته لعمرٍو أم لا؟ فيه قولان.

إذا ثبت هذا، فقد اختلف أصحابنا فِي هذه المسألة، فمِنهُم مَن قال علىٰ قولين كتلك المسألة، وقال أبو علي ابن أبي هريرة علىٰ ما حكاه عنه الماسرجسي[1] أن المسألة علىٰ قولٍ واحد أن الضمان يلزمه، لأنه حصل له العوض، وهو ثبوتُ الثمن بإقرار المشتري.

وإنما القولُ إذا لم يحصل له عوض، وليس هذا بصحيح، لأن الشافعيَّ نصَّ فِي كتاب الإقرار بالحكم الظاهر أن المسألة علىٰ قولين علىٰ ما حكاه القاضي أبو حامد.

والذي ذكره أبو علي مِن الفرقِ بين المسألتين ليس بصحيح، لأنه إن كان لم يقبضِ الثمن بعدُ، فلم يحصل له عوض وهو لا يفرق بين الأمرين.

وإن كان قَبَضَ الثمنَ فهو مقرٌّ بأنه لا يستحقُّه ولا يصح تصرفه فيه وهو فِي معنىٰ ما لم يقبضه.

---

(١) أبو الحسن محمد بن علي بن سهل بن مصلح، الماسرجسي، أحد أئمة الشافعيين بخراسان، وأعرفهم بالمذهب وترتيبه وفروع المسائل.

فأما إذا أقام البائع بينة علىٰ أن العبدَ مغصوبٌ لم تسمع بينته، لأنه كذبها بما تقدم من تصرفه فِي العبد بالبيع.

وإن شهد البائعُ للمدعي مع آخر لم تقبل شهادته، لأنه كذب شهادته بما تقدم من تصرفه فمنعه ذلك من إقامة البينة والشهادة، لأنه متهم فِي الشهادة، لأنه يدفع غرامة القيمة بها علىٰ أحد القولين اللذيْنِ ذكرناهما وإن طالب المشتري بالثمن أحلف له، لأنه لو أقر له بدعواه لزمه إقراره، فتوجهتِ اليمين عليه إذا أنكر وطولب بها.

إذا ثبت هذا، فإن رجع العبد إلىٰ يد البائع بابتياع أو إرث أو هبة أو غير ذلك، وجب عليه ردُّه إلىٰ المدعىٰ، لأنه إقراره له به قد تقدم، وإنما لم ينفذ لتعلق حق الغير به، فإذا سقط حق الغير نفد إقراره فيه ولزمه التسليمُ كما نقول فِي المكاتب إذا جاء بمال الكتابة، فقال سيده «هذا مال فلان غصبته عليه»، فإنه يخير بين أن يبرئه وبين أن يقبله.

فإن قيل: المال وجب عليه ردُّه علىٰ الذي أقر له به، فكذلك هذا إذا صدقه البائع وكذبه المشتري.

فأما إذا صدقه المشتري وكذبه البائع وجب عليه ردُّ المبيع وتسليمه إلىٰ المدعىٰ.

وأما الثمنُ فإن كان البائع قبضه لم يكن للمشتري استرجاعه وإن كان لم يقبضه، لم يكن له منعه منه، لأن إقراره ينفذ فِي حقِّه دون حقِّ غيره.

فأما إذا كذَّباه، كان القولُ قولَهما فِي ذلك فيحلف المشتري وتسقط دعواه بيمينه، لأنه لو أقر له لزمه إقراره فإن أنكر توجَّهت عليه اليمين.

وأما البائعُ، فإن قلنا إنه يغرم القيمة إذا صدَّقه وكذَّبه المشتري حلف؛ لأن للإحلافِ فائدةً وهو غرامة القيمة عند النكول، ويمين المدعي، لأنَّ

نكولَه مع يمين المدعي بمنزلة إقراره.

وإن قلنا لا يغرم القيمة لم يحلف، لأنه لا فائدة فِي إحلافه، لأنه إذا نكل وحلف المدعي لم نلزمه الغرامة.

هذا الكلام فِي القسم الأول، وهو إذا لم يعتقه المشتري، فأما إذا أعتقه فأقر له بالعبد، لم ينفسخ العتق، ولم ينفذ إقرارهما بالعبد، لأن حقَّ غيرهما تعلق به، ويفارق تلك المسألة، لأن العبد حقهما، ولم يتعلق به حقٌّ لغيرهما فنفذ إقرارهما به، وإن وافقهما العبد علىٰ ذلك، لم ينفد إقرارهم جميعًا، ولم يرد العتق، لأن حقَّ الله تعالىٰ تعلق بالعتق.. ألا ترىٰ أن البينة علىٰ عتق العبد تسمع، وإن كان سيده ينكر العتق، والعبد يوافقه علىٰ ذلك.

إذا ثبت هذا، فإنَّ العبدَ مضمون عليهما بالقيمة، لأن البائع متعدٍّ والمشتري قابضٌ من يدٍ ضامنة فله أن يغرم البائع أكثر ما كان قيمته من حين غُصب إلىٰ أن أعتق.

وله أن يغرم المشتري أكثر ما كان قيمته من حين قبضه من البائع إلىٰ أن أعتق، وإذا غرم البائع رجع علىٰ المشتري، وإذا غرم المشتري لم يرجع علىٰ البائع، لأنه دخل فِي البيع علىٰ أن يكون العبد مضمونًا عليه، فإذا كان التلف فِي يده استقر الضمان عليه، فأما باقي الأحكام، فعلىٰ ما ذكرنا فِي القسم الأول، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا أن عِتْقَ العبدِ لا يرتفعُ، فإن مات ذلك العبدُ وفِي يده مال، فإن المالَ للمدعي المقر له بالرق، لأن مال العبد لا يتعلق به حقَّ الله، وعتقه قد تعلق به حقُّه، فنفذ إقرارهم فيما لم يتعلق به حقُّ الله تعالىٰ، ولم ينفذ فيما تعلق به، فأما ولاؤه فإنه يكون موقوفًا إلىٰ أن نتبين.

• فَصْلٌ •

إذا باع عبدًا وشرط خيار ثلاثة أيام ثم أقرَّ بالعبد لرجل ادَّعى أنه عبده غَصَبَه منه، صح إقرارُه، وانفسخ البيع، لأن للبائع أن يفسخ فِي تلك المدة علىٰ كلِّ حال، وإقراره له بالعبد فسخٌ للبيع، فلهذا نفذ إقراره فيه، ويفارق هذا إذا كان ذلك بعد لزوم العبد بانقطاع الخيار، لأنه لا[1] يملكُ الفسخَ بعد لزومه، فلم ينفذ إقرارُه.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال: (وَإِنْ كَسَرَ لِنَصْرَانِيٍّ صَلِيبًا فَإِنْ كَانَ يَصْلُحُ لِشَيْءٍ مِنَ الْمَنَافِعِ مُفَصَّلًا فَعَلَيْهِ مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ مُفَصَّلًا، وَمَكْسُورًا)[2].

وقد ذكرنا هذه المسألة فِي «كتاب الجزية»[3].

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال الشافِعِيُّ ﵁ : (وَإِنْ أَرَاقَ لَهُ خَمْرًا أَوْ قَتَلَ خِنْزِيرًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَلَا قِيمَةَ لِمُحَرَّمٍ)[4].

هذا كما قال.. إذا أراق مسلمٌ علىٰ ذميٍّ خمرًا، لم يلزمه الضمان، وإذا ترافعَا فِي ذلك إلىٰ الحاكم، لم يحكم بالضمان.

وكذلك إذا باع الخمر من ذميٍّ، لم يصح البيع، وإذا ترافعا فِي ذلك إلىٰ

---

(١) زيادة ضرورية.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٨).

(٣) كتاب الجزية (ج ١٨ ص ٥٤٤).

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٨).

الحاكم، حكم ببطلانه.

وقال أبو حنيفة: يجب الضمان علىٰ المسلم والذِّمِّي للذِّمِّي وإذا باع ذميٌّ خمرًا من ذميٍّ، صح البيع، وحل له الثمن، وقال: إن كان الذي أتلف الخمر ذميًّا، لزمه مثلها، لأن لها مثلًا، وإن كان مسلمًا، لزمه قيمتها.

واحتج من نصره بما روي أن عاملًا لعمر بن الخطاب كتب إليه أن أهل الذمة يمرون بالعاشر، ومعهم الخمورُ، فكتب إليه عمر: ولُّوهم بيعَهَا وخُذُوا منهم عُشُورَ أثمانِها[١] فدل علىٰ صحة البيع وثبوتِ الثمن.

ولأنه مالٌ يتموَّلونه، فوجب ضمانُه كسائر الأموال، ولأنهم يُقَرُّون علىٰ الخمر والخنزير، ويُتْركون علىٰ اعتقادِهِم فيهما، ويتعاملون بهما، وإذا غَصَبَها بعضُهم علىٰ بعض ردها[٢] علىٰ صاحبها، فثبت أن ذلك يجري مجرىٰ سائر أموالهم.

ولأن دماءهم مباحةٌ قبل التزام الجزية، ثم إذا التزموها حُقِنت دماؤهم، وصارت مضمونةً، فكذلك يجب أن تصير أموالهم بعقد الذمة مضمونة.

ودليلُنا ما روىٰ ابنُ عمرَ رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «**لعن اللهُ شاربَ الخمرِ وبائعَها ومشترِيَها، وآكِلَ ثمنِها**»[٣] فدل علىٰ أن أكْلَ ثمنِها حرام، وأبو حنيفة يبيح ذلك، ورُوِي عن النبي ﷺ قال: «**إن الله إذا حرَّم شيئًا حرَّم ثمنه**»[٤].

ومن القياس أن ما لم يكن مضمونًا فِي حقِّ المسلم، وجب أن لا يكون مضمونًا فِي حقِّ الذِّمِّي، كالعبد المرتد والميتة والدم والعذرة وأشباه ذلك، ولأنها نجسة العين، فوجب أن لا يكون مضمونًا كما ذكرنا، ولأنه أراق

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٤٨٥٣)، وأبو عبيد في «الأموال» (١٢٩)، عن سويد بن غفلة.

(٢) في (ص، ف): «لم يردها» وهو غلط ظاهر.

(٣) أخرجه أحمد (٥٧١٦) وأبو داود (٣٦٧٤) وأبو يعلىٰ (٥٥٨٣).

(٤) أخرجه أحمد (٢٦٧٨) وابن حبان (٤٩٣٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

خمرًا، فلم يلزمه ضمانه، أصله: إذا أراقه علىٰ مسلم.

فإن قيل: فلا معنىٰ لتخصيص الخمر، لأن النبيذ عندكم لا يضمن بالإراقة.

فالجوابُ: أن الظاهر من مذهبنا أن النبيذ يسمىٰ خمرًا، فيكون الاسم متناولًا له، ولأن كل ما لا يضمن بالمثل مع وجود مثله لم يضمن بالقيمة كالدم.

فأما الجوابُ عن حديثِ عمر، فهو أنه لم يأمر بالبيع، وإنما أمرهم بتخليتهم وترك الاعتراض عليهم، وإذا قيل «وَلِّ فلانًا أمرك»، كان معناه اتْرُكِ الاعتراض عليه فيه.

فإذا ثبت هذا، ووجب تَرْكُ الاعتراض عليهم، كان لهم أن يتصرفوا فيها، فإذا تقايضوا أثمانها أُقرت عليها أيديهم ولم نتعرض لما تقدم من التصرف، لأن تلك العقود فاسدة، فإذا اقترن إليها القبضُ حكمنا بصحةِ القبض، ولم نُبطله، وإنما سُمِّي ذلك أثمانًا علىٰ طريق المجاز كما نقول: بيع فاسد، وصلاة باطلة، وما أشبه ذلك.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على سائر الأموال، فهو أنه يُنتقض بالعبد المرتدِّ، ثم المعنىٰ فِي الأصل: أن سائر الأموال تُضمن فِي حقِّ المسلم فضُمنت فِي حقِّ الذِّمِّي، وليس كذلك الخمر، لأنها لا تُضمن فِي حقِّ المسلم، فلا تضمن فِي حقِّ الذِّمِّي.

ثم نقولُ: الاعتبار بما نتموله نحن فيما أجازتِ الشَّريعةُ تَموُّلَه دون ما يتموَّله الكفار، ألا ترىٰ أنهم إذا أتلفوا مصحفًا لزمهم الضمان، وكذلك إذا أتلفوا ذبيحة المسلمين لزمهم ضمانها، لأن ذلك مالٌ فِي شرعنا وهم لا

يعتقدون ذلك مالًا، وكذلك العبدُ المرتدُ لا يُضمن، وإن كانوا يعتقدونه مالًا وهو من أنفس أموالهم، فدل علىٰ أن الاعتبار بشرعنا.

وأما قولهم إنهم يقرون على ذلك ولا يُحَدُّون بشربها، فالجواب عنه: أن معنىٰ الإقرار لهم علىٰ ذلك هو ترك الاعتراض عليه، وليس معناه أنَّا نُجَوِّزُ لهم إمساكَها وشرْبَها، لأنَّا نأمُرُهم بإراقتها، وننهاهم عن شُرْبِها، كما نأمر المسلمين وننهاهم، ثم إن الإقرار علىٰ ذلك لا يدل علىٰ وجوب الضمان، لأن المسلم يقر علىٰ[1] إمساكِ الميتةِ وجلودِها وعلىٰ إمساك العَذِرة، وعلىٰ إمساك الخمر عندهم لأنهم يجوِّزون تخليلَهَا.

وإذا غَصَبَ مسلمٌ من مسلمٍ خمرًا، وجب عليه ردها عندهم ولم يكن ذلك دلالة علىٰ وجوب الضمان، فكذلك ههنا.

ولأن المجوسي يُقَرُّ علىٰ نكاح أمه وأخته، وإذا رفع ذلك إلىٰ الحاكم لم يحكم عندهم بالمسمىٰ، وإنما يحكم بالمثل، ولا يُورِّثُون أحدهم بالزوجية مع اعتقادهم صحة ذلك.

وأما الجوابُ عن دليلِهِم الآخر، فهو أن دماءهم تُحقن بالإسلام، فلهذا كانت مضمونةً إذا عُقدتِ الذمة، وليس كذلك الخمر، لأن صاحبها إذا أسلم وجب عليه إرقاتُها، فلهذا لم تكن مضمونةً.

• فَصْلٌ •

إذا غَصَبَ من رجلٍ عبدًا ثم جنى عليه، فقطع يده، لزمه أكثر الأمرين من أرش ما نقص بالجناية أو أرش اليد، فأيهما كان أكثر، لزمه، لأنه ضمن ضمان اليد وضمان الجناية فوجب السببان.

---

(١) في (ص): «عن» وهو تصحيف.

وإن جنىٰ عليه غيره، لزم الجاني أرشُ اليد، وللمغصوب منه المطالبة، بأكثر الأمرين.

فإن كان أرْشُ اليد أكبر من أرش النقصان، كان له أن يطالب أيهما شاء، فإن طالب الغاصب بذلك رجع الغاصب علىٰ الجاني، وإن طالب الجاني لم يرجع علىٰ الغاصب، ولم يكن للمغصوب منه أن يغرم الغاصب بعد ذلك شيئًا، فيستقر الضمان علىٰ الجاني، لأنه المتلف.

وإن كان أرشُ النقصان أكثر فإن له أن يطالب الغاصب بجميعه، فإذا طالبه بذلك كان له الرجوع علىٰ الجاني بقدر أرش اليد، وعلىٰ الغاصب ما زاد علىٰ ذلك إلىٰ تَمام أرش النقصان.

وإذا فعل ذلك، لم يكن للغاصب أن يرجع علىٰ الجاني بما غرم من الزيادة علىٰ أرش اليد إذ ليس له أكثر من أرش اليد الذي لزمه بالجناية، ولم يكن للجاني أن يرجع علىٰ الغاصب بما غرم من أرش اليد، ويستقر عليه الضمان، لأنه هو المتلف.

فأما إذا جنىٰ العبدُ المغصوبُ علىٰ عبدٍ لرجل فقتله كان صاحبُه بين أمرين، بين أن يقتصَّ وبين أن يعفو، فإن اقتص لزم الغاصبَ قيمةُ العبدِ أكثر ما كانت من حين غَصَبَه إلىٰ أن تلف بالقصاص.

وإن عفا تعلقتْ قيمتُه برقبة الجاني، وكان علىٰ الغاصِبِ أن يفديه بأقلِّ الأمرين من قيمته أو أرْش الجناية، فإن كان أرش الجناية أقلَّ لم يلزمه أكثر منه، لأنه ليس لصاحب العبد المجني عليه أكثر من أرش الجناية، وإن كان قيمة العبد الجاني أقلَّ لم يلزمه إلا ذلك، لأن أرشَ الجناية لا يتعدىٰ رقبة العبد.

وإنما قلنا علىٰ الغاصب أن يفديه، لأن تعلقَ الأرشِ برقبته نقصانٌ حدث

فِي يده فِي العبد، وكان عليه ضمانه، فأما إذا قطع هذا العبدُ يدَ عبدٍ لإنسان كان لصاحبه الخيار بين أن يقتص منه فِي يده، وبين أن يعفوَ عنه.

فإن اقتصَّ، كان علىٰ الغاصِبِ لسيد العبد أرشُ ما نقص بفواتِ اليد وليس عليه أكثر الأمرين، لأن فواتَ يدِهِ بسبب غير مضمون، فهو كما لو سقطت بأكلة، ويفارق هذا إذا قطعت بجناية، لأنها فاتت بسببٍ مضمونٍ فوجد سبب ضمان الجناية وسبب ضمان اليد، وفِي هذه المسائل لم يوجد إلا سببُ ضمان اليد وإن عفا تعلق أرش العبد الجاني لما بيناه، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا غَصَبَ منه أرضًا وزرعها وخرج الزرعُ كان له دون صاحب الأرض؛ لأن ذلك عينُ ماله تحول من حالة إلىٰ حالة، ويُنْظَرُ:

فإن كانتِ الأرضُ نقصت بالزراعة كان عليه ردُّها وأرْشُ ما نقصت وأُجرة المثل.

وإن كان لم يزرعها والأرض مما ينقص بترك الزراعة - مثل أراضي البصرة وشبهها - فإنها إذا لم تزرع نبت فيها الدغل والحشيش وخربتِ الأرض؛ كان عليه رد الحشيش وأجرة المثل.

• فَصْلٌ •

إذا غَصَبَ منه شجَرَةً فأثمرت فِي يده، كانتِ الثمرةُ للمغصوبِ منه، لأنها نماءٌ حصل من عين المغصوب.

ويفارق الربحَ الذي يحصلُ له بالتصرف فِي المال المغصوب حيث قلنا علىٰ أحد القولين إنه يكون للغاصب، لأن ذلك لم يتولد من عين المال،

وإنما حصل بالتصرُّفِ والمُكايسة[١] والمغابنة، وهذا النماءُ تولد من عينِ المال، فهو كسِمَنِ الجارية والبهيمة وكِبَرهما، وليس عليه أجرة المثل، لأن منافع الشجرة لا تُضمن بالعقْدِ فلم تُضمن بالغصْبِ.

ويفارق الأرض، لأن منافعها تُضمن بالعقد، فضمنت بالغصْبِ، ولأن منافع الشجرة تربية الثمرة وتنميتها، وهذا المعنىٰ قد حصل للمغصوب منه، لأن الثمرة حصلتْ له فلم تتلف منافع المغصوب منه فِي يد الغاصب.

وإن كانتِ الشجرة ضعفت أو نقصت بثقل الحمل، كان عليه أرش النقصان، لأنه حدث فِي يده.

وأما الثمرةُ فإن كانت باقيةً علىٰ الشجرة رطبة، ردَّها، وإن كانت تالفةً وهي رطبة، كان عليه قيمتُها، لأن الرطبَ لا مثل له، ولهذا لا يجوزُ بيعُ بعضه ببعض.

وإن كان قطف الثمرة وجفَّفها وهي باقيةٌ فِي يده، كان عليه ردُّها، وأرْشُ ما نقصتْ بالجفاف، لأن عينَ المغصوبِ قد تغيرتْ فِي يدِ الغاصِبِ، وإن كانت تلفتْ كان عليه ردُّ مثلها، وإن كانت تمرًا رد مثلها، لأن له مثلًا، ألا ترىٰ أنه يجوزُ بيعُ بعضه ببعض.

• فَصْلٌ •

إذا غَصَبَ شاة فنتجت فِي يده وحلب لبنها، وجزَّ صوفَها وهي باقيةٌ - ردها ورد ولدها ولبنها وصوفها، لأن ذلك كله نماءٌ تولد من عين المغصوب.

---

(١) المكايسة هي المحاكرة والمضايقة في المساومة في البيع، يقال كايسه إذا غالبه في البيع.

وإن كان الولدُ والصوفُ واللبنُ قد تلف، كان عليه قيمةُ الولد، ومثلُ اللبن والصوف، لأن للبن مثلًا، ألا ترىٰ أنه يجوز بيعُ بعضه ببعض، والصوفُ أيضًا له مثل، لأنه كالقطن، والقطن له مثلٌ فكذلك الصوف.

وإن كان قد جمد اللبن، فأصلح منه مصْلًا وجبنًا وزبدًا وغير ذلك رده بحاله، فإن كانت قيمتُه نقصتْ بالتجميد كان عليه أرْشُ ما نقص، لأنه نقصانٌ حدث فِي المغصوب بتغير عينه فِي يد الغاصب.

وإن كان قد تلف، كان عليه قيمتُه، لأنه لا مثل للمصْلِ والجبن وغيرهما مما يعمل من اللبن.

• فَصْلٌ •

إذا غَصَبَ منه جاريةً فولدتْ فِي يد الغاصب، ونقصتْ بالولادة؛ كان عليه رد الولد وأرشُ ما نقصت بالولادة.

وقال أبو حنيفة: ليس عليه أرشُ ما نقصت بالولادة، لأن ذلك النقصان إنما حدث بالولادة، فَجُبِرَ بالزيادة، فكان فِي مقابلة النقصان.

وهذا غلطٌ، لأن عينَ المغصوبِ قد نقصتْ فِي يد الغاصب، فكان عليه ضمانُها، كما إذا نقصتْ بغير الولادة، ولأن الولد ملكٌ للمغصوبِ منه، فلا يُجبر به النقصانُ الحادثُ فِي المغصوب، أصله: سائر أملاكه.

فأما الجوابُ عن دليلِهِم، فهو أن ذلك دعوىٰ لا حجة عليها، ثم نقول لهم: وجب أن يُجبر ذلك النقصان إذا كان حادثًا بحصول الزيادة، ثم هذا يبطل بالشجرة المغصوبة إذا انقصفت بثقل الحمل، فإنه نقصان بالزيادة ومع ذلك فإنه يلزمه الضمان، ولا يجبر النقصان بالزيادة.

• فَصْلٌ •

إذا باع من رجل دارًا، ثم ادَّعى أن الدار لم تكن له حين البيع، وإنما كانت لغيره، وقد باعها بغير إذنه، وهي ملك له الآن بميراث أو هبة أو غير ذلك، وكذَّبه المشتري فِي ذلك، وأراد أن يقيم البينة علىٰ دعواه، نُظر؛ فإن كان لم يحفظ عليه فِي كلامه إضافة ملك الدار إلىٰ نفسه سُمِعت دعواه وبينته، لأنه قد يبيع ملكه وملك غيره، فإن[1] كان حفظ عليه إضافة الدار إلىٰ ملك نفسه مثل أن يقول «بعتُكَ داري» أو «ملكي» أو ما أشبه ذلك؛ لم تُسمع دعواه وبينته، لأنه كذَّبها بإضافة ملك الدار إلىٰ نفسه.

• فَصْلٌ •

إذا ادَّعَى أنَّه غَصَبَ منه هذا المال الذي فِي يده، وأقام شاهدين، شهد أحدهما أنه غَصَبَه يوم الخميس، وشهد الآخر أنه غَصَبَه يوم الجمعة، فإن الشهادة لم تتفق علىٰ شيء واحد، لأن الغصْبَ يوم الخميس غير الغصْبَ يوم الجمعة، وله أن يحلف مع أيهما شاء.

وإن شهد أحدُهما أنه غَصَبَ يوم الخميس وشهد الآخرُ أنه أقرَّ يوم الجمعة بأنه غصب منه[2] لم يُحكم بتلك الشهادة، لأنها لم تتفِق علىٰ شيءٍ واحدٍ، لأنَّ فعلَ الغصبِ غيرُ الإقرار به، وله أن يحلف مع أيهما شاء.

ولو كان المدعىٰ عليه حلف بالطلاق أنه لم يغصب، وأقام المغصوبُ منه شاهدًا واحدًا، وحلف معه أنه غصب منه، ثبتَ الغصبُ وله تسليمُ المال، ولا يقعُ الطلاق، لأنه لا يُسمع فِي الطلاق الشاهد واليمين، فاستُعملتْ حُجته فِي الموضع الذي تُقبل فيه دون الموضع الذي لا تُقبل

---

(١) في (ف): وإن.

(٢) ليس في (ص).

فيه، ولو شهد أحدهما أنه أقر بالغصْبِ يوم الخميس، وشهد الآخر أنه أقر بالغصْبِ يوم الجمعة، حُكم بتلك الشهادة، لأن الإقرار وإن اختلف فيه فإنه يرجعُ إلىٰ شيء واحدٍ، فاتفقتِ الشهادةُ علىٰ شيءٍ واحدٍ، فلهذا وجب الحكمُ بها.

• فَصْلٌ •

إذا أقرَّ له بدار مبهمة، ولم يعينها حتى مات، قام ورثتُه مقامه فِي التعيين، فإن عيَّنها فذاك، وإن لم يعيِّن، طولب بالتعيين، فإن امتنع، كان للمقر له أن يعين أيَّ دارٍ شاء، فإن عيَّن وصدَّقه الوارث، ثبتتِ الدار، وإن كذَّبه، كان له أن يحلف أن تلك الدار ليست هي المقَرَّ له بها، فإن حلف طولب بالتعيين، فإن امتنع حُبس حتىٰ يعيِّن، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا أوقد فِي ملكه نارًا فِي يوم شديد الريح، فحملتِ الريحُ شرارةً منها فأتلفتْ ملكًا للغير، كان عليه الضمانُ، لأنه مفرِّط فِي ذلك، وإن لم تكن ريحٌ، فطارتْ منها شرارةٌ، فأحرقتْ ملكَ الغير لم يضمنه، لأنه لم يفرِّط فِي ذلك.

وكذلك إذا أوقد نارًا فِي ملكه وبجنبه فِي دار جاره شجرةٌ يصيبها حمأُ النار ووهَجُه فيجففها، لم يكن له ذلك، لأن له الانتفاع بملكه، إذا لم يضر ذلك بملك الغير.

وإن فعل ذلك، كان عليه الضمانُ، وكان بمنزلةِ ما لو صعَدَ سطْحَه فرمىٰ بنارٍ من سطحِهِ إلىٰ سطوح جيرانِهِ فأتلف شيئًا كان عليه ضمانُه وإن كان ذلك فِعْلًا فِي ملكه، وكذلك ليس له أن يحفر بئرًا فِي ملكه يضرُّ بملكِ جارِهِ.

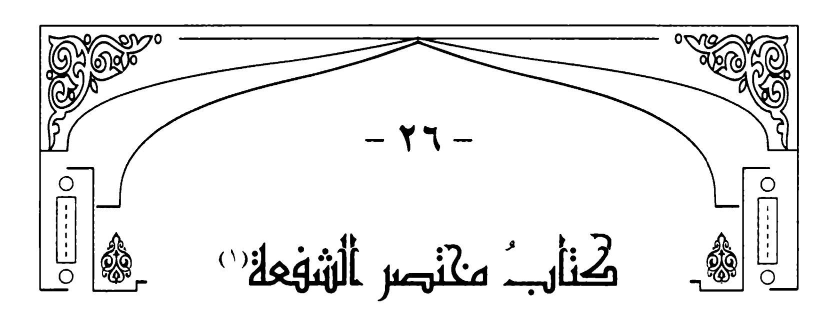
وقد ذكرنا هذه الفصولَ فِي «كتاب الديات» مستقصاةً، فأغنىٰ ذلك عن الإعادة، والله أعلم بالصواب[١].

يليه كتاب الشفعة

۞ ۞ ۞

---

(١) زاد بعدها في (ف): انتهىٰ «كتاب الغصب»، وهو آخر المجلد الثالث من «كتاب البيوع»، يتلوه بمشيئة الله وحوله في المجلدة الرابعة من «كتاب البيوع»: «كتاب الشفعة» والحمد لله حق حمده، وصلواته علىٰ رسوله وعبده سيدنا محمد النبي وآله وسلامه.



من الجامع من ثلاثة كتب متفرقة من بين وضع وإملاء على موطأ مالك ومن اختلاف الأحاديث وما أجبت فيه على قياس قوله(٢)

الأصلُ في ثبوت الشُّفْعَة(٣): الكتابُ والسنةُ.

فأما الكتاب؛ فقوله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، وإثبات الشُّفْعَة من المعاونة علىٰ البر، لأنَّ فيه إزالةَ الضَّرَر عن الشَّرِيك

---

(١) قبل ذلك في (ف): «بسم الله الرحمن الرحيم وبه ثقتي».

(٢) ليست في (ف).

(٣) أما الشفعة ففي تسميتها بذلك تأويلان؛ أحدهما: أن الرجل كان إذا أراد أن يبيع داره أتاه جاره أو شريكه فشفع إليه فيما باع فشفعه وجعله أولىٰ ممن بعد سببه. فسميت شفعة وسمي طالبها شفيعًا، وهذا قول أبي محمد بن قتيبة قاله في غريب الحديث، والتأويل الثاني: سميت بذلك لأن طالبها جاء تاليًا للمشتري فكان ثانيًا بعد أول، فسمي شفيعًا لأن الاثنين شفع والواحد وتر وسمي الطلب شفعة.

لسوء المشاركة ومؤونة المقاسمة.

وأما السنةُ؛ فما رُوِي عن ابن المسيب وأبي سلمة: أن النبيَّ ﷺ قال: «**الشُّفْعَة فيما لم يقسم فإذا وقعتِ الحدودُ فلا شُفعة**»[١].

فإن قيل: هذا مرسل، وأنتم لا تقولون بالمراسيل. **فالجوابُ**: أن الشافعيَّ قال[٢]: إرسالُ ابن المسيب عندنا حسن[٣].

وقد روىٰ هذا الحديثَ أبو عاصم وعبدُ الملك بن الماجِشون وابن أبي قُتيلة (عن مالك)[٤] عن الزهري عن ابن[٥] المسيب وأبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ[٦]، ورواه الشافعيُّ، عن سعيد بن سالم، عن ابن جُريج، عن أبي الزبير، عن جابر، عن النبي ﷺ[٧].

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢١٣) واللفظ له، ومسلم (١٦٠٨) من حديث جابر رضي الله عنه بنحوه.

(٢) ليست في (ف).

(٣) قال بنحوه في الأم (٣/ ١٩٢) ولفظه هناك: لا نحفظ أن ابن المسيب روىٰ منقطعًا إلا وجدنا ما يدل علىٰ تسديده، ولا أثره عن أحد فيما عرفناه عنه إلا ثقة معروف، فمن كان بمثل حاله قبلنا منقطعه... إلخ.
وبحث الماوردي في الحاوي الكبير (٥/ ١٥٨) هذه القضية عند حديث ابن المسيب عن النبي ﷺ أنه نهىٰ عن بيع اللحم بالحيوان، وخلاصة بحثه أن المرسل ليس بحجة عند الشافعي، وإنما خُصَّ سعيد بقبول مراسيله لأمور.. ثم ذكرها وقال: ومذهب الشافعي في الجديد أنه مرسل سعيد وغيره ليس بحجة، وإنما قال مرسل سعيد عندنا حسن لهذه الأمور التي وضعنا استئناسًا بإرساله، ثم اعتمادًا علىٰ قاربه من الدليل، فيصيل المرسل حينئذٍ مع ما قاربه حجة، والذي يصير به المرسل حجة أحد سبعة أشياء... ثم ذكرها.

(٤) ليست في (ف).

(٥) ليست في (ف).

(٦) ينظر «التمهيد» (٧/ ٣٦).

(٧) مسند الشافعي (١٤٩١).

وروىٰ البخاريُّ فِي صحيحه حديث جابر بلفظين؛ أحدهما: إنما جعل رسول الله ﷺ الشُّفْعَة فيما لم يُقسم، فإذا وقعت الحدود، وصُرفت الطرق، فلا شُفعة[١]، والآخر: عن جابر قال: قضىٰ رسول الله ﷺ بالشُّفْعَة (فِي كلِّ ما)[٢] لم يقسم، فإذا وقعت الحدودُ، وصُرفت الطرق، فلا شفعة[٣].

وروىٰ مسلمُ بنُ الحجاج فِي صحيحه[٤] حديثَ جابرٍ رضي الله عنه بلفظ آخر، وهو قضىٰ رسول الله ﷺ بالشُّفْعَة[٥] فِي كل شِرك لم يقسم، رَبعة أو حائط، لا يحِلُّ له أن يبيعه حتىٰ يؤذِن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه، فهو أحق به.

فهذه الأخبارُ تدلُّ علىٰ ثبوت الشُّفْعَة.

وروىٰ أبو رافع عن النبيِّ ﷺ قال: «**الجارُ أحقُّ بسقَبِه**»[٦]، والسَّقَبُ بالسين وبالصاد، وقال[٧] ابنُ قيس الرُّقَيَّاتِ[٨]:

---

(١) صحيح البخاري (٢٤٩٥).

(٢) في (ف): «فيما».

(٣) صحيح البخاري (٢٢٥٧).

(٤) صحيح مسلم (١٦٠٨).

(٥) ليست في (ف).

(٦) أخرجه البخاري (٢٢٥٨).

(٧) في (ص): «هو قال».

(٨) عبيد الله بن قيس بن شريح بن قيس الرقيات، شاعر قريش في العصر الأموي، كان مقيمًا في المدينة.. أكثر شعره الغزل والنسيب، ولقب بابن قيس الرقيات لأنه كان يتغزل بثلاث نسوة، اسم كل واحدة منهن رقية، وقيل كان لأبيه عدة جدات كلهن يسمين رقية، توفي سنة ٨٥ .. الوافي بالوفيات (١٩/ ٢٦٣).

كُوفِيَّةٌ نَازِحٌ مَحَلَّتُهَا لا أَمَمٌ دَارُهَا وَلا صَقَبُ[١]

والشُّفْعَة مأخوذةٌ من الزيادة، فكأن الشَّفِيع يضمُّ المبيعَ إلىٰ مِلْكِهِ، فيشفعه به.

• فَصْلٌ •

الأشياءُ فِي الشُّفْعَة على ثلاثة أضرب؛ ضربٌ: تثبت به الشُّفْعَة بيع منفردًا أو مع غيره، **وضربٌ**: لا تثبُتُ فيه الشُّفْعَة إذا بيع منفردًا، وتثبت فيه الشُّفْعَة إذا بيع مع غيره، **وضربٌ**: لا تثبُتُ فيه الشُّفْعَة بحال بيع منفردًا، أو مع غيره.

فأما الذي تثبت فيه الشُّفْعَة بكلِّ حال، فهو الأرضُ دارًا كان أو دكانًا، أو مزدَرَعًا أو بستانًا، وهو قول الفقهاء أجمع، إلا ما حُكي عن الأصم[٢] فإنه قال: لا تثبُتُ الشُّفْعَة فِي شيء بحال، قال: لأن إثباتَها إفسادُ الأملاك علىٰ أهلها، لأنه إذا علم المشْتَري أن الشَّفِيع يأخذ منه ما يشتريه رغب عن ذلك، ولم يخاطر بماله.. **وهذا غلطٌ، ودليلُنا** الأخبارُ التي ذكرناها، وهي صريحة فِي إثبات الشُّفْعَة.

فأما الجوابُ عما ذكره من الاستدلال، فمن وجهين:

أحدهما: أنا نشاهد أهل الأرض والعقار يبيعونها، ويشترىٰ منهم، وما توقف أحد عن شرائها فِي زمن من الأزمان، ولكنه يقدم علىٰ شرائه، فإن سُلم له فذاك، وإلا أخذ منه بالشُّفْعَة، وأعطي حقه، ثم هذا لا يتوجه علىٰ مذهبنا، لأن عندنا إذا قاسم شريكه سقطت الشُّفْعَة، وإنما يتوجه علىٰ أبي حنيفة، لأن عنده تثبت الشُّفْعَة بالجوار.

---

(١) الأغاني (٥/ ٨٧) وتاج العروس (٣/ ١٩٨).

(٢) عبد الرحمن بن كيسان أبو بكر الأصم المعتزلي .

وأما الضربُ الثاني - وهو الذي لا تثبُتُ فيه الشُّفْعَة إذا بيع منفردًا، وتثبت فيه إذا بيع مع غيره - فهو البنيان والأشجار، لأنها تبنىٰ وتغرس للتأبيد فهي[(١)] متصلة بالأرض، فتثبت فيها الشُّفْعَة إذا بيعت مع الأرض، لأنها تدخل فِي البيع بالإطلاق، فأما الزرع إذا كان فِي الأرض، أو الثمرة علىٰ الشجرة، فإنها لا تستحِقُّ بالشُّفْعَة.

وقال أبو حنيفة: تُستحق بالشُّفْعَة.. **واحتج من نصره** بأنها متصلة بما فيه الشُّفْعَة، فوجب أن يكون فيها الشُّفْعَة، كالحائط، والشجرة نفسها.

ودليلُنا أنَّ كلَّ ما لا يدخُلُ فِي البيع علىٰ الإطلاق، يجب أن لا تثبُتَ فيه الشُّفْعَة، الدليل عليه: القماش فِي الدار والفدان والثيران فِي الضيعة.

فأما الجوابُ عما احتجوا به، فهو أن الثمرة مع اتصالها بالشجرة لما لم تدخل فِي البيع بالإطلاق لم تثبت فيها الشُّفْعَة، وتفارق الحائطَ والشجرةَ، لأن ذلك يدخل فِي البيع بالإطلاق، فلذلك تثبت فيه الشُّفْعَة.

وأما الضربُ الثالث - وهو الذي لا تثبُتُ فيه الشُّفْعَة بحال - فهو ما يُنقل ويُحَوَّل، فهذا لا تثبُتُ فيه الشُّفْعَة بحال.

وقال مالكٌ فِي إحدىٰ الروايتين عنه: تثبت الشُّفْعَة فِي السفينة، لأنها بمنزلة الدار، وقال فِي الرواية الأخرىٰ: إن الشُّفْعَة تثبت فِي الجميع.. **واحتج من نصره** بما رُوِي عن النبي ﷺ أنه قال: «**الشُّفْعَةُ فِي كلِّ شيء**»[(٢)]، وبقوله ﷺ: «**الشُّفْعَة فيما لم يُقسم**»[(٣)]، وهذا عام.. **قالوا:** ولأن الشُّفْعَة إنما تثبُتُ لما

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٧١) والنسائي (٦٢٥٩) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه البخاري (٢٢٥٧).

يُتوَقَّىٰ من سوء المشاركة، وهذا المعنىٰ موجودٌ فيما يُنقل ويُحول.

ودليلُنا قولُه ﷺ: «**الشُّفْعَةُ فيما لم يُقسم فإذا وقعتِ الحدودُ، وصُرِّفتِ الطرقُ، فلا شُفعة**»[1]، فأثبت جنس الشُّفْعَة فيما لم يقسم، ثم فسر ذلك بتفسير لا يتناول إلا ما لا يُنقل ولا يُحول، لأنه قال: «**فإذا وقعتِ الحدودُ، وصُرِّفتِ الطرقُ**»[2]، وهذا إنما يستعمل فِي الأرض.

فأما الجوابُ عن الخبر الذي ذكروه، فهو أنه مرسل، لأنه يرويه ابن أبي مُليكة عن النبي ﷺ[3]، ثم الذي ذكرناه أولىٰ، لأنه أكثرُ رواةً، وثابتٌ فِي الصحاح.

وأما الجوابُ عن المعنى الذي ذكروه، فهو أن نقول إنما يعتبر سوء المشاركة فيما يتأبد، وما ينقل ويحول فإنه لا يتأبد، فبان الفرق بينهما، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: (وَاحْتَجَّ مُحْتَجٌّ بِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي رَافِعٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ» وَقَالَ مُحَمَّدٌ: فَأَقُولُ لِلشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يُقَاسِمْ وَلِلْمُقَاسِمِ شُفْعَةٌ كَانَ لَصِيقًا أَوْ غَيْرَ لَصِيقٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدَّارِ طَرِيقٌ نَافِذَةٌ)[4].

وهذا كما قال.. الشُّفْعَة عندنا لا تثبُتُ إلا بالشَّرِكة فِي الدار والأرض، ولا تثبُتُ بالجوار، سواء كان الدربُ نافذًا أو غير نافذ، وبه قال عمر،

(١) أخرجه البخاري (٢٢٥٧).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٥٧).

(٣) ينظر جامع الترمذي عقب الحديث (١٣٧١).

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٨).

وعثمان[١]، وعمر بن عبد العزيز، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، ويحيىٰ بن سعيد الأنصاري، وربيعة، ومالك، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور.

وقال أبو حنيفة والثَّوري، وابن شُبرمة، وابن أبي ليلىٰ: إن الشُّفْعَة تثبت بالشَّرِكة فِي الدار والطريق وبالجوار.

ولأبي حنيفة فِي ذلك تفصيلٌ، فعنده أن الشَّرِيك فِي الدار يُقَدَّم علىٰ الشَّرِيك فِي الطريق دون الدار، والشَّرِيكُ فِي الطريق يُقَدَّم علىٰ الجار، فإذا كان الدربُ غيرَ نافذٍ كان طريقُ أهل الدرب مشتركًا بينهم، فتثبت الشُّفْعَة لجميعهم غير أن الأقرب فالأقرب يقدم.

فإن تركها الأقرب فهي للذي يليه، وعلىٰ هذا حتىٰ يدور الدرب، فإن لم يأخذ الشُّفْعَةَ أهلُ الدرب كانت للجار الملاصق فِي الدرب الآخر، ولا يكون لغيره من أهل ذلك الدرب إلا من كانت داره ملاصقةً لداره، فأما إذا كان الدرب نافذًا، كانت الشُّفْعَة للجاريْنِ المتلاصِقَيْنِ، ولا تكون لغيرهما من أهل الدرب، وتكون أيضًا للجار الملاصق من الدرب الآخر.

وقال عبيدُ الله بنُ الحسن العنبري، وسوَّار القاضي[٢]: إن الشُّفْعَة لا تثبُتُ إلا بالشَّرِكة فيها، أو الشَّرِكة فِي الطريق، ولا تثبُتُ بالجوار.

واحتج من قال إن الشُّفْعَة تثبت بالجوار بما روىٰ أبو رافع أن رسول الله ﷺ قال: «**الجارُ أحقُّ بسقبه**»[٣]، وبما روىٰ سمرة أن النبيَّ ﷺ قال: «**جارُ**

(١) قال الروياني (٧/ ٤): وعليٌّ في أصح الروايتين.
(٢) سوار بن عبد الله بن سوار قاضي الرصافة ببغداد، ترجمته في السير (١١/ ٥٤٣).
(٣) أخرجه البخاري (٢٢٥٨).

الدارِ أحقُّ بدارِ الجار، أو الأرض»[١]، وبما روىٰ جابر أن النبيَّ ﷺ قال: «**الجارُ أحقُّ بشُفعة جاره، يُنتظر بها وإن كان غائبًا، إذا كان طريقُهما واحدًا**»[٢]، وبما روىٰ محمدُ بنُ الحسن بإسناده عن أبي سعيد أن النبيَّ ﷺ قال: «**الخليطُ أحقُّ من الشفيع، والشَّفِيعُ أحقُّ من غيره**»[٣].. والخليطُ هو الشَّرِيك، وأراد بالشفيع الجار، ورُوِي عن عمرو بن الشَّريد بن سويد عن أبيه أنه قال: يا رسول الله، إن لي أرضًا، ليس لأحد فيها شِرب ولا قسم، فقال النبي ﷺ: «**الجارُ أحقُّ**[٤] **بسقبه ما كان**»[٥].

ومن جهة المعنىٰ أن الجوار معنىٰ يتعلق به خوف الضَّرَر علىٰ الدوام، فجاز أن تثبت به الشُّفْعَة، الدليل عليه: الشَّرِكة.

ودليلُنا ما روىٰ جابرٌ رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ قال: «**إنما الشُّفْعَة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة**»[٦].

ووجهُ الدليل منه أنه ذَكَرَ الشُّفْعَة بالألف واللام، وليس لها معهودٌ يرجع اللفظ إليه، فثبت أنه للجنس، وأنه أثبت جنس الشُّفْعَة فيما لم يُقسم، ثم أكَّد ذلك، بقوله ﷺ: «**فإذا وقعت الحدود فلا شفعة**»[٧]، وهذا كما يقولونه فِي قوله ﷺ: «**البينة على المدعي**»[٨]، فيثبتون جنس البينة فِي جَنَبَة المدعي بهذا

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥١٧)، والترمذي (١٣٦٨)، والطبراني في «الكبير» (٦٨٠١).

(٢) أخرجه الطيالسي (١٧٨٢)، وأحمد (١٤٢٥٣)، وابن ماجه (٢٤٩٤).

(٣) حديث لا يُعرف كما قال ابن الجوزي في «التحقيق» (١٥٦٨)، وسيأتي تضعيف المصنف له.

(٤) زيادة ضرورية، وهذا لفظ المسند، وعند ابن ماجه: «الشريك أحق».

(٥) أخرجه أحمد (١٩٤٦١) وابن ماجه (٢٤٩٨)، وسيأتي تضعيف المصنف له.

(٦) أخرجه البخاري (٦٩٧٦).

(٧) أخرجه البخاري (٦٩٧٦).

(٨) أخرجه البخاري (٢٥١٤) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

الخبر علىٰ الوجه الذي بيناه.

ويؤكد ذلك أيضًا أن دليل خطابه يدل علىٰ أن الشُّفْعَة لا تثبُتُ فيما لم يقسم، ولأنه قال فِي الخبر الأول: «**إنما الشُّفْعَة فيما لم يقسم**»[1]، ولفظة «إنما» للحصر، كما قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ﴾ [النساء: ١٧١] وكما قال: ﴿إِنَّمَآ أَنتَ مُنذِرٌ﴾ [الرعد: ٧] فذكر ذلك علىٰ وجه الحصر فكذلك ههنا.

فإن قيل: المراد به «**فإذا وقعت الحدود، فلا شفعة**» أن الشُّفْعَة لا تثبُتُ لجار أحد الشَّرِيكين بمقاسمتها.

فالجوابُ: أن هذا غلطٌ؛ لأنَّا أجمعنا علىٰ أن المراد بقوله: «**فيما لم يقسم**» أن الشُّفْعَة بالبيع فيما لم يقسم، وإذا كان الخبر علىٰ هذا التكرير كان ما يعقبه من النفي للشفعة راجعًا إليه، فكأنه قال: فإذا وقعت الحدود فلا شفعة بالبيع، لأن ذلك نفي لما أثبته فِي الأول، ويدل علىٰ صحة قولنا ما رُوِي عن عمر ﵁ أنه قال: الشُّفْعَة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الحقوق، فلا شفعة[2]، ورُوِي عن عثمان ﵁ أنه قال[3]: إذا وقعت وقعت السُّهمان فلا شفعة، وروي أنه قال: لا شفعة فِي فَحْلٍ ولا بئر، والأَرْفُ[4] يقطع كل الشُّفْعَة.. وأراد بالأَرْفِ: المعالم التي هي علىٰ الحقوق

---

(١) أخرجه البخاري (٦٩٧٦).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٤٣٩٢).

(٣) أخرجه مالك (٢/ ٧١٧) وابن أبي شيبة (٢٢٠٧١) قال أبو عبيد: والذي في هذا الحديث من الفقه أن عثمان بن عفان ﵁ كان لا يرىٰ الشفعة للجار، إنما يراها للخليط المشارك، وهو بين في حديث له آخر.. الكبرىٰ للبيهقي (٦/ ١٧٣).

(٤) ويقال: الأرث بالثاء أيضًا، وعن الأزهري أن (الأرف) بضم الهمزة وفتح الراء المهملة وضم الفاء: الحدود بين المواضع المستوية، وبفتح الهمزة وسكون الراء: المعالم والحدود بين الأرضين .. كفاية النبيه (١١/ ١١).

الحقوق والحصص، يقال: أرفتُ الأرض إذا ميزتُها، وأعلمتُ عليها[(١)]

ويدل عليه من جهة المعنىٰ أن ملكه متميز عن البيع، فوجب أن لا يثبت فيه حق الشَّفِيع، الدليلُ عليه: الجارُ المحاذي فِي الدرب النافذ، وهو أقربُ إليه من الجار الملاصق، لأن باب داره بِحذَاء دار البائع، وبينهما قدر ذراع، فلأنْ لا يثبت للجار الملاصق أولىٰ، وأحرىٰ؛ ولأن القياس يقتضي أن لا تثبُتَ الشُّفْعَة فِي الدار، غير أن الدليل دل علىٰ ثبوتها بالشَّرِكة، ونفي الباقي علىٰ مقتضىٰ القياس.

فأما الجوابُ عما احتجوا به من الخبر الأول، فهو أن السقب: القرب، فمعنىٰ الخبر: الجارُ أحق بقربه، وهذا مجملٌ، فلا بد من حمله علىٰ معنىٰ صحيح، ونحن نحمله علىٰ الرحبة تكون للرجل فيتنازع اثنان فِي الانتفاع بها، فيكون الجار الأقرب أحق بالانتفاع بها، ويكون الخبر محمولًا علىٰ هذا الوجه، ويكون المراد به أحق بالبر والإحسان لقربه، وخبرنا أولىٰ، لأنه يدل نطقه ودليله علىٰ ما ذهبنا إليه، وقد عاضده ما رويناه عن عمر وعثمان وهو صريحٌ فِي موضع الخلاف.

وجواب آخر، وهو أن المراد بالجار: الشَّرِيكُ، لأن جميعَ أجزاء ملكه مجاورة لجميع أجزاء ملك شريكه، فهو أحق باسم الجوار من الجار المقاسم.

ومعنىٰ الجوار: القرب، ولهذا تسمي العرب الزوجة جارة، لقربها من زوجها، والدليلُ عليه قول الأعشىٰ[(٢)]:

---

(١) أخرجه البيهقي (١١٩١٠).

(٢) لقب بالأعشىٰ لضعف بصره، وعمي في أواخر عمره.. وهو ميمون بن قيس بن جندل، من بني قيس بن ثعلبة الوائلي، أبو بصير، المعروف بأعشىٰ قيس، ويقال له أعشىٰ بكر بن وائل.

أَجَارَتَنَا بِينِي فَإِنَّكِ طَالِقَة وَمَوْمُوقَةٌ مَا كُنْتِ فِينَا وَوَامِقَة[١]

[فسمى الزوجة جارة][٢].

وأما الجوابُ عن حديث سمرة، فهو أن راويه الحسن عن سمرة، وقال أهل الحديث لم يسمع الحسن من سمرة إلا حديث العقيقة[٣]، ثم إن ثبت، حملناه على الشَّرِيك.

وأما الجوابُ عن حديث جابر، فهو أن[٤] راويه عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر، وقد طعن أصحابُ الحديث فيه، فرُوي عن شعبة ويحيى بن سعيد القطان أنهما ضَرَبَا على هذا الحديث، وقال يحيى: لو روى عبدُ الملك حديثًا آخر مثل حديث الشُّفْعَة لم أسمع منه[٥]، ويدل على ضعفه ما نُقل فِي الصحاح عن جابر أن النبيَّ ﷺ لم يُثبت الشُّفْعَة إلا فيما لم يقسم[٦]، ثم يحمل ذلك الخبر عليه إذا باعه أحد الشَّرِيكين وأظهر المشْتَري أنه اشتراه بأكثر من ثمنه، فرغب الشَّرِيك عن الشُّفْعَة فقاسم الشَّرِيك، ثم علم بعد ذلك أو كان غائبًا ثم قدم وقد قاسم المشْتَري البائع، فطالب بالشُّفْعَة، فإنه يكون أحق به، لما تقدم من الشَّرِكة.

وأما الجوابُ عن حديث الخدري، فهو أنه مرسل وفِي إسناده ضعف،

---

(١) وتتمة الأبيات في الحاوي الكبير (٧/ ٢٢٦) وفي آخره: فقال عروة نزل الطلاق موافقا لطلاق الأعشى.

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) تهذيب الكمال (٦/ ١٢٣).

(٤) زيادة ضرورية.

(٥) ميزان الاعتدال (٢/ ٦٥٦)، تهذيب التهذيب (٦/ ٣٩٨).

(٦) أخرجه البخاري (٢٤٩٥) ومسلم (١٦٠٨).

والذي يدل علىٰ ضعفه اختلافُ لفظه، لأنه جعل الشَّفِيع غير الخليط، والخليط هو الشفيع.

وأما الجوابُ عن حديث عمرو بن الشريد، فهو ضعيف، ثم إن ثبت كان محمولًا علىٰ التأويل الذي ذكرناه.

وأما الجوابُ عن قياسِهم على الشَّرِيك، فإنه يبطل بالجار المحاذي، لأنه يخاف التأذي علىٰ الدوام، ولا تثبُتُ له الشُّفْعَة، ثم المعنىٰ فِي الأصل أن ملكه غير متميز عن ملكه، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن ملكه متميز عن المبيع فلم يثبت فيه حق الشُّفْعَة، والله أعلم.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَللشَّفِيع الشُّفْعَةُ بالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ الْبَيْعُ بِهِ)[1].

وهذا كما قال.. قد ذكرنا أن الشُّفْعَة تثبت للشريك بالبيع، **فإذا ثبت هذا**، فإنه يأخذ المبيع بالثَّمَنِ الذي وقع به العقد، والدليلُ عليه ما روي فِي حديث جابر: «**فإن باعه، ولم يؤذِنْه، فهو أحق بالثمن**»[2]؛ ولأنه استحق المبيع بالبيع، لما ثبت من الشُّفْعَة فيه، فوجب أخذه بالثَّمَنِ المذكور فِي البيع كالمشْتَري.

فإن قيل: إنه إذا اضطر إلىٰ طعام الغير، وجب علىٰ صاحب الطعام أن يدفعه إليه، فإن أخذه من غير عقد فأكل لزمه مثله - إن كان له مثل - أو قيمته إن لم يكن قيمة.

فالجوابُ: أن الفرقَ بينهما واضحٌ، لأنَّا نعتبرُ فِي مسألتنا السبب السابق

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

(٢) أخرجه أبو عوانة (٥٥٢٧) والدارقطني (٤٥٣٢)، وأخرجه مسلم (١٦٠٨) بنحوه.

الذي يَثبت به له حق الشُّفْعَة - وهو البيع - فلزمه أخذه بالثَّمَنِ الذي ذُكِرَ فيه، وليس كذلك الطعام إذا اضطر إليه، فإنه لا يأخذه بسبب سابق، وإنما يأخذه بسبب موجود فِي الحال - وهو الاضطرار إليه - فلهذا لزمه مثلُه إن كان له مثل، أو قيمتُه إن لم يكن له مثل، فأما إذا لم يكن له مثلٌ مثل أن يشتريه بثوب أو بهيمة أو غيرهما، كان له أخذ الشِّقْص بقيمة الثمن، لأن المثل قد تعذَّر، فوجب الرجوعُ إلىٰ قيمته.

هذا إذا كان الثَّمن الذي وقع العقد به بحاله، فأما إذا غيره المتعاقدان لم يخلُ من أحد أمرين؛ إما أن يكون التغيير قبل استقرار البيع بالتَّخاير وانقطاع الخيار بعد استقراره، فإن كان ذلك قبل استقراره فإنه يلحق بالعقد، ويلزم الشَّفِيع أن يأخذه بالمقدار الذي تُقررا عليه فإن كانا نقصاه ثبت ذلك النقصان فِي حق الشَّفِيع وأخذه بما بقي، وإن كانا زادا ثبتت الزيادة فِي حق الشَّفِيع أيضًا، ولزمه الأخذ بجميعه؛ لأن حالة الخيار بمنزلة العقد، ولو نقصا أو زادا فِي حال العقد لزم ذلك فِي حق الشَّفِيع فكذلك هذا.

وأما إذا كان ذلك[1] بعد استقرار العقد، فإن كانا زادا فِي الثَّمن لم تثبت الزيادة بحال، ولم يلحق العقد، وإن نقصا كان ذلك إبراءً للمشتري عن بعض الثمن، فيثبت فِي حقه دون الشفيع، ويلزمه أن يأخذ الشِّقْص بالمقدار الذي استقر به العقد.

وقال أبو حنيفة إن زادا قبل استقرار العقد بمثل قولنا، وإن كان ذلك بعد استقراره ثبتت الزيادة، ولحقت بالعقد، ولم تثبت فِي حق الشفيع، وإن نقصا، لحق النقصان بالعقد، وثبت فِي حق الشفيع.

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

واحتج من نصره بأنه حط لبعض الثمن، فوجب أن يلحق بالعقد، وقد ثبت فِي حق الشفيع، الدليلُ عليه: إذا كان ذلك فِي مدة الخيار.

ودليلُنا: أنه تغير الثَّمن بعد استقرار العقد، فوجب أن لا تثبُتَ فِي حقِّ الشفيع، الدليلُ عليه الزيادة فيه.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الزيادة أن فِي إثباتها إضرارًا بالشَّفِيع فلم تثبت، وليس كذلك فِي الحط والنقصان، لأنه منفعة له، فوجب أن تثبت فِي حقه.

فالجوابُ: أن ما يحدثُ فِي هذه الحالة لو كان يثبت فِي حق الشَّفِيع لم يكن فرقٌ بين أن تكون زيادة أو نقصانًا، ألا ترىٰ أن الزيادة والنقصان قبل استقرار العقد يثبتان فِي حق الشفيع.

فإن قيل: المعنىٰ فِي حال العقد أن حق الشَّفِيع بعدما ثبت بمقدار يأخذه به، فلهذا كان لهما الزيادة فِي المقدار والنقصان منه، وليس كذلك بعد استقرار العقد، فإن حقه قد وجب له بالمقدار المسمىٰ الذي استقر به العقد، فلم يكن لهما الزيادة عليه.

قلنا: الثَّمنُ عندكم يكون مراعىٰ، فإذا أحدثا بعد الاستقرار زيادة أو نقصانًا، لحق بالعقد، وصار كأنه ذكر فيه حال عقده، فإذا كان كذلك وجب أن لا يكون فرق بين الزيادة حال العقد، وبين الزيادة بعد الاستقرار علىٰ مذهبكم.

وقوله: «إن فِي الزيادة إضرارًا بالشفيع» فليس بصحيح، لأن الإضرار به لا اعتبار به، ألا ترىٰ أن المشْتَري لو اشترىٰ شقصًا بألف، وهو يساوىٰ مائة، وجب علىٰ الشَّفِيع وزن الألف إن أراد الشِّقْص، فدل علىٰ أن الإضرار به غير معتبر، ويدل علىٰ ذلك أيضًا أنه حطٌّ بعد استقرار البيع، فوجب أن لا

يثبت فِي حق الشَّفِيع كحط جميع الثمن.

فإن قيل: إنما لم يثبت حطُّ الجميع فِي حقِّ الشفيع، لأنه يؤدي إلىٰ إسقاط حقِّه من الشُّفْعَة، لأن العقد يعرىٰ عن الثمن، فيحصل للمشتري بغير عوض بذله، والشَّفِيع لا يمكنه الأخذ إلا بعوض، فلهذا لم يثبت فِي حقه، وليس كذلك إذا حط البعض، لأنه لا يؤدي إلىٰ إسقاط حقه من الشُّفْعَة، لأنه يأخذه بالعِوَض الذي بقي، **فالجوابُ**: أن ذلك وإن كان يؤدي إلىٰ إسقاط حقِّه فلا بأس أن يثبت فِي حقه، وما المعنىٰ المانع من ذلك؟ وهذه دعوىٰ مجردة لا حجة عليها.

وأما الجوابُ عن قياسِهم على حال العقد، فهو أن المعنىٰ فيه أن الزيادة فيها تثبت فِي حق الشفيع، فثبَت النقصان فيها فِي حقه، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن الزيادة لا تثبُتُ فِي حقه فِي هذه الحالة، فلم يثبت النقصان أيضًا فيها.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ عَلِمَ وَطَلَبَ مَكَانَهُ فَهِيَ لَهُ وإِنْ أمْكَنَهُ فَلَمْ يَطْلُبْ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ لَمَّا عَلِمَ فَأَخَّرَ الطَّلَبَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ عُذْرٌ مِنْ حَبْسٍ أَوْ غَيْرِهِ فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ، وَإِلَّا فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَلَا يَقْطَعُهَا طُولُ غَيْبَتِهِ، وَإِنَّمَا يَقْطَعُهَا أَنْ يَعْلَمَ فَيَتْرُكَ)[١].

وهذا كما قال.. إذا ثبتت الشُّفْعَة للشَّفِيع، ولم يعلم بذلك مثل أن يكتم عنه البيع أو يكون غائبًا فلا يبلغه، فإن الشُّفْعَة ثابتة له، ولا تبطل، لأنه خيار ثابت لإزالة الضَّرَر عن المال، فوجب أن لا يبطل بتراخي الزمان قبل العلم به؛ قياسًا علىٰ خيار الرد بالعيب إذا ثبت أن الخيار ثابت له وإن طالت المدة.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

فإذا علم ذلك أو علم ثبوتها حال العقد كان له المطالبة بالشُّفْعَة علىٰ حسب ما جرت به العادة، فإن لم يكن له شغل، وكان فِي النهار مضىٰ فِي طلبها وإن كان بالليل فله أن يتوقف حتىٰ يصبح ويصلي ثم يمضي فِي طلبها.

وإن كان نهارًا وهو يأكل فحتىٰ يفرغ من الطعام، وينظف يده، وإن كان فِي الحمام فحتىٰ يخرج، وإن كان فِي الصلاة فحتىٰ يفرغ منها ومن سنتها، وإن كان بعدما صلىٰ فحتىٰ يؤذن ويقيم ويصلي ويتنفل إن أراد، وكذلك ما عدا هذه الأشغال من غيرها.

وإنما كان كذلك، لأن المسلمين أجمعوا علىٰ أنه إذا أمكنه أن يركب ويمضي فِي الطلب ويحرك دابته أو يعدو بنفسه إذا كان ماشيًا؛ لم يلزمه ذلك مع تمكنه منه؛ فدل[1] علىٰ أن له الطلب علىٰ حسب ما جرت به العادة فِي المضي فِي الحوائج ووجوه التصرف.

إذا ثبت هذا، فإنه يمضي إلىٰ المشْتَري، فيسلم عليه ويبدأ بالسلام قبل الكلام، لأنه من السنة، ثم يطالبه بالشُّفْعَة، لأن النبيَّ ﷺ قال: «**من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه**»[2] ولأن اشتغاله بالسلام لا يبطل حقه من الشُّفْعَة، لما ذكرنا، وأن الطلب علىٰ حسب ما جرت به العادة، وما جرت العادة فيمن طلب حقًّا قِبَل رجل أن يفاجئه، ولكن يسلم عليه، ثم يطالب بحقه.

فإن اشتغل بعد السلام بحديث غير المطالبة، فقد أخر المطالبة فِي موضعها مع الإمكان علىٰ ما جرت به العادة، وليس عليه أن يمضي إلىٰ الحاكم، لأن حق الشُّفْعَة ثابت بنص السنة والإجماع، وما ثبت بالنص أو

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) أخرجه ابن السني (٢١٤)، وأبو نُعيم (٨/ ١٩٩) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

الإجماع فليس من شرطه رفعُه إلىٰ الحاكم كما قلنا فِي مدة الإيلاء، وخيار الرد بالعيب، وخيار المعتقة تحت العبد، وبهذا فارق مدة العُنة، لأنها مختلف فيها، فلم يكن بدٌّ من رفع ذلك إلىٰ الحاكم.

إذا ثبت هذا، فإذا طالبه بالشُّفْعَة، وسلم إليه المبيع، فذاك، وإن امتنع من تسليمه إليه رفعه إلىٰ الحاكم، لأن الحاكم نُصب لاستيفاء الحقوق لأهلها، إذا امتنع من هي عليه من إيفائها.

هذا إذا علم، فطلب عقيب العلم، فأما إذا أخر الطلب بعد العلم والإمكان لم يخلُ من أحد أمرين؛ إما أن يكون له عذرٌ أو لا عذرَ له.

فإن لم يكن له عذرٌ فهل يكون هذا الخيار علىٰ الفور، فيبطل إذا أخر الطلب عن أول حال الإمكان أم لا؟ نص الشافعيُّ فِي كتبه الجديدة علىٰ أن خيار الشُّفْعَة علىٰ الفور، وإذا أخر مع الإمكان بطل[1]، وذكر فِي القديم أنه علىٰ التراخي حتىٰ يعفو أو يوجد منه ما يستدل به علىٰ ترك الشُّفْعَة، مثل أن يقول: «بعني هذا الشِّقْص» أو طالبه بالعمارة أو ما أشبه ذلك.

وللمشتري إذا أخر الشَّفِيع المطالبة ولم يصرح بالعفو ولم يوجد منه ما يستدل به علىٰ سقوط حقه أن يرفعه إلىٰ الحاكم، ويطالبه باختيار أحد الأمرين، إما بالأخذ حتىٰ يَزول تعلق قلبه، لأنه لا يدري علىٰ أي شيء يحصل، أو أن يصرح بالعفو.

وذكر فِي القديم قولًا آخر أنه علىٰ التراخي ما لم يعفُ أو يوجد منه ما يستدل به علىٰ العفو. قال: وليس للمشتري مطالبته باختيار أحد[2] الأمرين

---

(١) ذكره الماوردي (٧/ ٢٤٠)، والجويني (٧/ ٣١٦).

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

ورفعه إلىٰ الحاكم.

وذكر فِي «السير» قولًا آخر رابعًا أنه بالخيار ثلاثة أيام[١]، فإذا لم يأخذ بالشُّفْعَة فِي مدة الثلاث، بطلت.

فحصل فِي المسألة أربعة أقاويل؛ أحدها: علىٰ الفور، وهو مذهب أبي حنيفة، **والثاني:** علىٰ التراخي حتىٰ يعفو أو يوجد منه ما يستدل به علىٰ العفو، وله رفْعُه إلىٰ الحاكم، **والثالث:** علىٰ التراخي، علىٰ ما ذكرنا، وليس له رفعه، **والرابع:** إلىٰ ثلاثة أيام، والله أعلم.

وأما توجيه الأقاويل التي ذكرناها، فإذا قلنا إنه علىٰ التراخي فوجهُهُ قوله ﷺ: «**فإن باعه ولم يؤذِنْه، فهو أحقُّ به بالثمن**»[٢]، وأطلق ولم يذكر وقت الاستحقاق، فدل علىٰ[٣] أنه علىٰ التراخي، ولأنه خيار لا ضرر علىٰ المستحق عليه فِي تأخيره فوجب أن يكون علىٰ التراخي، الدليلُ عليه: خيارُ القصاص، لأن للولي أن يؤخر ذلك، وإن تراخىٰ الزمان، ولأن له فِي ذلك منفعةً، لأن ما يحصل من النماء ويتميز قبل الأخذ يكون له دون الشفيع، ولأنَّا إنما أثبتنا الخيار للشَّفِيع، لإزالة الضَّرَر الذي يتوقعه من الداخل عليه، ولا يجوز أن يزيله بإدخال الضَّرَر علىٰ غيره.

ولو قلنا ليس له رفعُه إلىٰ الحاكم ومطالبتُه بفصل الأمر كان فِي ذلك ضررٌ عليه، لأنه متعلِّقُ القلب لم يطمئن، ولم تَسكن نفسُه إلىٰ عمارة ما اشترىٰ والتصرف فيه، وإن عمر فالعادة أن نفقة العمارة أكثر من ثمن المعمور، فإذا أخذ الشَّفِيع الشِّقْص أخذ عمارته بقيمتها وقت الأخذ، فربما

(١) ذكر نهاية المطلب (٧/ ٣١٦) أنه نص عليه في رواية حرملة.

(٢) أخرجه مسلم (١٦٠٨).

(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

أخذه بدون ما أنفق عليه أو بمثله، ويذهب تعبُه ضياعًا.

وإذا قلنا علىٰ التراخي، وليس له مرافعته، فالدليل عليه: ما ذكرنا، والدليلُ علىٰ أنه ليس له مرافعته أنه لا ضرر عليه فِي ذلك، لأن ما يبنيه ويحدثه ويعمره يؤخذ منه بقيمته وقت الأخذ، وقد يكون أكثر من مؤنتها ونفقتها علىٰ حسب اختلاف الأوقات، وإذا لم يكن عليه ضرر فِي ذلك لم يكن له مرافعته إلىٰ الحاكم.

وإذا قلنا إنه إلىٰ ثلاثة أيام، فهو أنه لا يمكن أن يجعل علىٰ التراخي أبدًا، لأن فيه ضررًا علىٰ المشْتَري، لأنه يتعلق قلبه، ولا تسكن نفسه إلىٰ العمارة، وإن عمر أخذت منه العمارة بقيمتها وقت الأخذ وربما كان أقل مما أنفق عليها، وربما كان عين ماله أحب إليه من قيمته، فعليه ضرر فِي التراخي علىٰ هذا، ولا يمكن أن يجعل أيضًا علىٰ الفور، لأن فِي ذلك ضررًا علىٰ الشفيع، لأنه يحتاج إلىٰ تفكر، وينظر هل الأخذ أحظ له أو الترك، ولا يمكن ذلك إلا بتراخي المدة.

فإذا كان علىٰ الفور يَضر بأحدهما، والتراخي علىٰ التأبيد يضر بالآخر، جعل له الخيار إلىٰ ثلاثة أيام، لأنها آخر حد القليل وما بعدها أول حد الكثير، ولهذا جعل زمان الخيار المشروط ثلاثة أيام.

وإذا قلنا علىٰ الفور، فوجهُهُ ما رُوِي عن النبي ﷺ قال: «**الشُّفْعَة لمن واثبها**»(١)، وعنه ﷺ قال: «**الشُّفْعَة كنشطة العقال، إن قيدت ثبتت، وإن تركت، فاللوم على من تركها**»(٢).

---

(١) ينظر تخريجه في الذي يليه.

(٢) هذا الحديث ذكره الرافعي أيضًا دليلاً للقول الصحيح أن الشفعة علىٰ الفور، وتبع في إيراده صاحب «الشامل» والقاضي أبا الطيب، وذكره الماوردي أيضًا فقال: وروي عنه أنه ﷺ قال:

وهـذا يـدل علىٰ أنها علىٰ الفـور، ولأنـه خيـار ثابـت لإزالـة الضَّـرَر عـن المال، فوجب أن تكون علىٰ الفـور، كخيـار الـرد بالعيـب، ولأنـه إنمـا ثبتـت للشَّفِيع لإزالة الضَّرَر عنه، ولا يجوز أن يزال الضَّرَر عنه بإدخال الضَّرَر علىٰ المشْتَري، لأن فِي تراخي المدة للخيار ضررًا علىٰ المشْتَري، فجعل ذلك علىٰ الفور.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أنَّا قائلون به، ويكون الشَّفِيع أحق به بالثمن، لكن فِي الحال بدليل ما ذكرنا.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على خيار القصاص، فهـو أنـه يبطـل بخيـار الـرد بالعيـب، لأنـه لا ضـرر علـىٰ المسـتحق عليـه فيـه، ومـع هـذا لا يكـون علـىٰ التراخي، ثم المعنىٰ فِي خيار القصاص أنه لا ضرر عليه فِي تأخيره، ولـه فيـه منفعة، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن علىٰ المشْتَري ضررًا فِي تـأخيره لمـا يحصل من تعلق قلبه به، وأنه لا يدري علىٰ أي الأمرين يحصـل، فـلا تطيـب نفسـه بالبنـاء، وإذا أخـذ منـه ربمـا كانـت قيمتـه أقـل مـن نفقتـه، وربمـا كانـت حاجته إلىٰ عين ماله أشد.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن فِي الفور ضـررًا على أحـدهما، وفِي التراخـي ضررٌ على الآخر، فهو أنه يبطل بخيار الرد بالعيـب، لأنـه يحتـاج أن يفكـر فِـي ذلك، وينظر أي الأمرين أحظ له، ومع ذلك يجعل علىٰ التراخي إلىٰ مدة.

«الشفعة لمن واثبها» يعني: لمن بادرها، وروي: «الشفعة كنشطة العقال؛ فإن أخذها فهـي لـه وإن تركها رجع بالملامة علىٰ نفسه» وعزاه عبدالحق إلىٰ رواية أبي محمـد- يعني: ابـن حـزم ـ أنـه ذكره من رواية ابن عمر مرفوعًا: «الشفعة كحل العقال؛ فإن قيدها مكانـه ثبـت حقـه وإلا فـاللوم عليه» قال عبد الحق: وهو أيضًا من حديث البيلماني. انتهي من البدر المنير (٧/ ١٥-١٦).

• فَصْلٌ •

إذا ثبت ما ذكرناه فمتى أخذ الشَّفِيع الشِّقْص بالشُّفْعَة أو تركه وعفا عنه، فهل يثبت له خيار المجلس فِي ذلك حتى يكون له الرجوع عما فعل من عفو وأخذ ما لم يفارق المجلس؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك كما قلنا فِي البيع، لأنه يأخذ الشِّقْص فجرىٰ مجراه.

والثاني: ليس له ذلك، لأنه ليس بمعاوضة تجري بينهما، وإنما هو حقٌّ ثبت له عليه، فإن عفا فقد أسقطه، وإن أخذ فقد أخذ حقه، وإنما ثبت الخيار فِي عفو المعاوضات.

هذا كلُّه إذا لم يكن له عذر، فأما إذا كان للشَّفِيع عُذر لم يخل من ثلاثة أحوال؛ إما أن يكون عذرًا لمرضٍ أو حبسٍ أو غيبةٍ.

فإن كان لمرض نُظِرَ؛ فإن كان مرضًا خفيفًا لا يمنعه من الحضور والطلب، كالصداع ونحوه، فحُكمه حُكم الصحيح علىٰ ما فصلناه، وإن كان مرضًا ثقيلًا يعجزه عن الطلب بنفسه نُظِر فإن أمكنه أن يوكِّل فِي ذلك وكَّل فيه، لأن وكيله قائم مقامه، فإن وكل ومضىٰ الوكيل فهو علىٰ الشُّفْعَة، وإن لم يوكل مع تمكنه من ذلك فالمذهبُ أن شفعته تبطل، لأن وكيله قائمٌ مقامَه، فإذا لم يوكل مع تمكنه من ذلك فهو كما لو لم يطلب مع تمكنه بنفسه.

ومِن أصْحابِنا مَن ذكر فيه وجهًا آخر أنه لا تبطُل شُفعتُه بذلك؛ لأن له غرضًا فِي تأخير ذلك، ليطلبه بنفسه، لأنه ربما كان أقومَ بذلك وألحنَ بالحجة من الوكيل، وربما أطمع المشْتَري الوكيل فِي شيء أو دلَّس عليه، فأسقط الشُّفْعَة.

وعند أبي حنيفة أن إقرار الوكيل مقبولٌ علىٰ موكله، فلما كان له فِي ذلك غرضٌ لم يبطل شفعته.

وأما إذا كان محبوسًا لم يخلُ من أحد أمرين؛ إما أن يكون محبوسًا بحق أو بغير حق، فإن كان بغير حق فالحكم فيه علىٰ ما ذكرنا فِي المريض فِي تمكنه من مضيه أو عجزه، وتمكنه من الوكيل أو عجزه.

وإن كان محبوسًا بحق مثل أن يكون قد حلَّ عليه دينٌ كان عليه مؤجلًا، فطولب به وهو مليء، فمطل، ولم يقض فحبس حتىٰ يقضي، فحكمُه حكمُ المطلق، لأنه إذا كان الحقُّ واجبًا عليه، ويمكنه قضاؤه، ولا يقضي، ويعرض نفسه للحبس، فهو كما لو حبس نفسه، وقعد فِي بيته فإذا أخر ولم يطلب، بطلت شفعته.

وأما إذا كان غائبًا، فإن أمكنه المسير، وكان الطريق آمنًا، واتفقت رفقة، سار فِي الطلب، وإن لم يمكنه المسير بنفسه، وكل فِي الطلب وإن لم يوكل مع تمكنه من التوكيل، فهل تبطل شفعته، أم لا؟ علىٰ ما ذكرنا فِي المريض، فالمذهبُ أنه تبطل شفعته، ومِن أصْحابِنا مَن قال: لا تبطلُ، فأما إذا لم يمكنه المسير، ولم يمكنه التوكيل فهو علىٰ شفعته.

إذا ثبت هذا، فكلُّ موضع جعلناه معذورًا، أو كان غائبًا، وسار بنفسه فهل يحتاج أن يشهد علىٰ نفسه بأنه علىٰ الطلب أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن الإشهادَ شرطٌ فِي ذلك، لأنه إذا سار فلا يدل سيره علىٰ أنه سار للطلب، ويجوزُ أن يكون سيره لمعنىٰ آخر، وكذلك إذا قعد لعذر فِي غير هذا الموضع احتمل أن يكون قعودُه لعذر، واحتمل أن يكون لأنه ترك الشُّفْعَة، وإذا احتمل ذلك لم يكن بُدٌّ من الإشهاد حتىٰ يعلم أنه سار للشفعة

أو أنه قعد لأجل العذر لا لأنه ترك الشُّفْعَة.

ومِن أصْحابِنا مَن قال: ليس بشرطٍ، لأنه إذا سار فما توانىٰ، وكذلك إن قعد لعذر، وإذا لم يكن منه توانٍ فيه، كان الظاهر أن قعوده إذا قعد لأجل العذر لا لترك الشُّفْعَة، فلم يكن الإشهادُ شرطًا فِي ذلك، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا أظهر المتعاقدان أنه اشتراه بألف، ثم قامت البينةُ على أنه اشتراه بدون الألف، وكان الشَّفِيعُ قد ترك الطلب، لما سمع أنه اشتراه بألف، ثم بان الأمرُ بخلافه كان له أن يطالب بالشُّفْعَة، لأن له غرضًا فِي ترك الشُّفْعَة إذا كان الثَّمن ألفًا، لأنه ربما لم يساوِ ألفًا، وربما لم يكن معه ألفٌ، ومعه أقل من ألف.

فإن بان له أنه بأقل حصل له الغرض، وكذلك إذا أظهر أنه اشتراه بدنانير، فترك الشُّفْعَة، ثم قامت البينة بأنه اشتراه بدراهم، كان له المطالبة بالشُّفْعَة لما له من الغرض فِي ذلك، وهو أن لا يكون معه دنانير فِي ذلك الوقت، فيتركها لأجل ذلك، وكذلك إذا أظهر أنه اشتراه فلان لنفسه، ثم بان له أنه كان وكيلًا كان له طلب الشُّفْعَة بعد تركها، لأنه قد رضي بمشاركة الوكيل، ولا يرضىٰ بمشاركة الموكل، لما يعلمه من سوء معاملته، وسوء خلقه.

وكذلك إذا أظهر أنه اشترىٰ عشرة أسهم من حصَّة شريكه، ثم بان أنه اشترىٰ أكثر من ذلك، كان علىٰ شفعته، لما له من الغرض فِي ذلك، لأنه قد لا يساوي عشرة أسهم ذلك المقدار من الثمن، وتركها لأجل ذلك، فلما بان أن القدر الذي اشتراه بذلك الثَّمن أكثر رغب فِي الشُّفْعَة وحَصَلَ له الغرضُ، وإن بان أنه اشتراه بأكثر وكان قد أظهر أنه اشتراه بأقل مما قد بان لم يكن له طلبُ الشُّفْعَة بعد تركه؛ لأنه لا غرض له فِي ذلك.

وإذا عفا عنها وثمنه ألف كان العفو عنه إذا كان الثَّمن أكثر من ألف أولىٰ، وعلىٰ هذا كلما أظهرَا شيئًا، وبان الأمرُ بخلافه، فكان له فِي ذلك غرض كان علىٰ شفعته ولم يسقط حقُّه منها بتركه وعفوه لما ظهر له، وإن لم يكن له فِي ذلك غرض صحيح بطلت شفعته.

• فَصْلٌ •

إذا باع دارًا له بمكة، ولقي الشَّفِيعُ المشْتَري بمصرَ، فلم يطالب بالشُّفْعَة حتى رجعا إلى مكة، ثم طالبه بها لم يكن له ذلك، وقد بطلت شفعته بتركه الطلب بمصر مع تمكُّنه من ذلك، فإن قال: «إنما تركت الطلب لكي أرجع إلىٰ مكة فأطلب وأتسلم»[1]، لم ينفعه ذلك، لأن صحة الطلب والأخذ ليس بموقوف علىٰ تسليم الشِّقْص، وكان من حقه أن يطلب الشُّفْعَة، ثم بعد ذلك إذا رجع تسلم الشِّقْص.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال ﵁: (فإنِ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ)[2].

وهذا كما قال.. إذا اختلف الشَّفِيع والمشْتَري فِي ثمن الشِّقْص، فقال الشفيع: «اشتريته بألف» وقال المشْتَري: «بل بألفين» ولم يكن لأحد منهما بينة كان القولُ قولَ المشْتَري، لأن الشَّفِيع يريد أن ينزع ملك المشْتَري ببذلٍ يبذُلُه له، فلم يكن له ذلك إلا بالقدر الذي يدعيه ويذكره، كما قلنا إن المشْتَري لا يملك المبيع إلا بما يقر به البائع من الثمن.

---

(١) في (ص): «والسلم» وهو تصحيف.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

فإن قيل: فالشَّفِيع هو الغارم، فهلَّا جعلتم القولَ قولَه مع يمينه، كما قلتم فِي الغاصب والمغصوب منه إذا اختلفا فِي قيمة المغصوب بعد تلفه أن الغاصب يكون القولُ قولَه مع يمينه، لأنه غارم.

فالجوابُ أن الفرقَ بين الموضعين واضحٌ؛ لأن قيمة المغصوب قد وجبت علىٰ الغاصب فِي ذمته، والمغصوبُ منه يدعي عليه تلك الزيادة التي يذكرها فِي ذمته، والأصلُ براءةُ ذمته منها، فكان القولُ قولَه، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن الشَّفِيع يريدُ أن يأخذ الملك الذي هو للمشتري بالقدر الذي يدعيه، فلم يكن له ذلك إلا بما يقولُه المشْتَري، كما ليس للمشتري أن يأخذ المبيعَ إلا بما يقولُه البائع، وعلىٰ هذا رتَّبنا القولين فِي عِتق بعضِ العبد وهو إذا كان عبدٌ بين شريكين، فأعتق أحدُهما نصيبه وهو موسر، ثم اختلفا فِي قيمة حصة الآخر.

فإن قلنا إن العتق قد سرىٰ فِي الحال، وعتق نصيب شريكه أيضًا، كان القولُ قولَ المعتق، لأن القيمة لزمته فِي ذمته، فهو غارم لها، وشريكه يدعي عليه فِي ذمته زيادة علىٰ ذلك، والأصلُ براءتُها منها.

وإن قلنا إن العتق ما سرىٰ فِي الحال، وإنما يسري بدفع القيمة، فالقولُ قولُ شريكه الذي لم يعتق، لأن الحصةَ باقيةٌ علىٰ ملكه، وإنما يريدُ المعتقُ أن يزيل ملكه عنها ببذل يبذله له، فلم يكن له ذلك إلا بما يقولُه، كما ليس للمشتري أخذ المبيع إلا بما يقوله البائع.

فإن قيل: فهلَّا قلتم: يتحالفان كما قلنا فِي البائع والمشْتَري إذا اختلفا فِي مقدار الثمن.

قلنا: لأن فِي تلك المسألة كلُّ واحدٍ منهما مدعٍ ومدعًىٰ عليه، فتثبُتُ

اليمين فِي جَنَبَة كلٍّ واحدٍ منهما، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن الشَّفِيع هو المدعي علىٰ المشْتَري للشِّقص الذي فِي يده وملكه بالقدر الذي يذكره، والمشْتَري ينكر ذلك، وينفِي دعواه، واستحقاقه، فهو مدعًىٰ عليه، فكان القولُ قولَ المدعي كما لو ادَّعىٰ عليه مالًا فأنكره.

هذا كلُّه إذا لم تكن بينة، فأما إذا كانت لأحدهما بينةٌ قُدِّمت البينة، لأنها أقوىٰ من اليمين وحكم مأمور به، وإن أقام كلُّ واحدٍ منهما بينة فمِن أصْحابِنا مَن قال: تُقدم يدُ المشْتَري، لأن اليد له ولا يد للشَّفِيع، فهو كبينة الداخل والخارج.

وقال القاضي أبو حامد: إذا تنازع رجلان فِي دار وهي فِي يد أحدهما، وأقام كلُّ واحدٍ منهما بينة فإن الذي فِي يده الدار يسمىٰ الداخل، ويسمىٰ الآخر الخارج، تتعارضان وتسقطان، ويكون كأن لم يكن بينة، ويكون القولُ قولَ المشْتَري، لأن البينتين تتساويان لا مزية لأحدهما علىٰ الأخرىٰ، ولا تُقدم بينة المشْتَري لليد، لأنهما لا يتنازعان فِي اليد وإنما يتنازعان فيما وقع به العقدُ، ومِن أصْحابِنا مَن قال: إن كانت البينتان متعارضتين كان فيهما قولٌ آخر أنهما لا يسقطان، ولكن يقرع بينهما، فتُقدم إحداهما علىٰ الأخرىٰ بالقرعة، فإذا خرجت القرعةُ لإحداهما، فهل يحلفُ معها أم لا؟ علىٰ قولين، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا أن البينة تُسمع إذا تنازعا فِي مقدار الثَّمن الذي وقع به العقد - إذا ثبت هذا - فإنه يُسمع فِي ذلك رجلان، ورجل وامرأتان، وشاهد ويمين، لأن المقصودَ منه المال، وكلُّ ما قُصِد به المال فهذه البينة تسمع فيه، فإن شهد

البائع للمشتري لم تُقبل شهادته، لأنه يشهد بفعل نفسه، لأنه يقول بعتُه بكذا، ولا تُقبل شهادة الإنسان بفعل نفسه، كالحاكم إذا عزل ثم شهد عند آخر أنه كان حَكَم لفلانٍ علىٰ فلان بكذا، فكذلك القاسمُ إذا شهد بالقسم لم تقبل.

فإن قيل: فقد قلتم: إن شهادةَ المرضعة بالرضاع تُقبل، وهي تشهدُ بفعل نفسها.

قيل: تلك لا تشهدُ بفِعل نفسِها، لأن تحريم الرضاع لا يتعلق بفِعلها، وإنما يتعلقُ بحصول اللبن فِي محلِّه من الصبي، ألا ترىٰ أنه لو زَحَفَ إليها وهي نائمة، فارتضع منها، ثبت التحريم، ولم يكن منها فعل فِي ذلك، فثبت أن تلك ليست شهادة بفعلها.

وكذلك إذا شهد البائعُ للشَّفِيع لم يُقبل سواء كان قبض الثمن من المشْتَري، أو لم يقبض، لأنه شهد بفعل نفسه، ولأنه مُتَّهَم فِي ذلك، لأنه ربما قصد بذلك أن يكون الرجوع عليه من جهة المشْتَري بأقل من الثَّمن إذا خرج الشِّقْص مستحقًّا، فإذا كان متهمًا فِي ذلك لم يقبل منه.

فإن قيل: البائع يضر بنفسه بتلك الشهادة، لأنه إذا كان قبض الثمن، وجب عليه رد الألفين، وإن كان لم يقبض، لم يكن له أن يقبض إلا ألفًا واحدًا، **فالجوابُ**: أنه إن كان قبض، فهو لا يقر إلا بالألف، ويدعي أنه ما قبض إلا ألفًا واحدًا، وقول المشْتَري أنه وزن ألفين دعوىٰ ليس عليها بينة وإن كان لم يقبض بعد لم يكن إلا قبض ألف واحدة، فتُرد شهادته [للعلة الأخرىٰ وهي شهادتُه][1] بفعل نفسه.

فأما إذا اختلف المتبايعان فِي قدر الثمن، فإن كان لأحدهما بينةٌ حكم

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

بالبينة، وأخذه الشَّفِيع بما حكم به، فإن شهد الشَّفِيع لأحدهما، نُظِر، فإن شهد للبائع سُمعت شهادته، لأنه يضر بنفسه بتلك الشهادة.

وإن شهد للمشتري لم تقبل، لأنه يجر إلىٰ نفسه منفعة بإسقاط ما يدعيه البائعُ من الزيادة، وإن لم يكن بينة تحالفا، لأن كلَّ واحدٍ منهما مدعٍ ومدعًىٰ عليه.

وقد ذكرنا أن الشَّفِيع والمشْتَري إذا اختلفا لم يتحالفا، وبينَّا الفرقَ بين المسألتين، فإذا تحالفا انفسخ البيعُ علىٰ أحد الوجهين أو فسخ علىٰ الوجه الآخر، فكان للشَّفِيع أن يرد ذلك الفسخ ويأخذ الشِّقْص بالشُّفْعَة بما يقوله البائع ويدعيه من الثَّمن؛ لأن حق الشُّفْعَة لا يسقطُ بالفسخ، ألا ترىٰ أنهما لو تقاتلا فِي الشِّقْص كان له رد الفسخ، وأخذ الشِّقْص بالشُّفْعَة، فكذلك ههنا.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِسِلْعَةٍ فَهِيَ لَهُ بِقِيمَةِ السِّلْعَةِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ شقصًا بسلعة لا مثل لها، أخذه بقيمة السلعة، وقال الحسن البصري وسوار بن عبد الله: لا يأخذه بالشُّفْعَة، لأن الشُّفْعَة إنما تثبت إذا كان له مثل، وهذا لا مثل له.. وهذا غلطٌ، لأنه أحد نوعي الثمن، فجاز أن تثبت الشُّفْعَة فِي بدله، الدليل عليه: إذا كان له مثل، ولأن ما يضمن بالمثل إذا كان له مثل، ضمن بالقيمة إذا لم يكن له مثل كما لو أتلف علىٰ رجل مالًا، والذي ذكره دعوىٰ لا حجة عليها، وإذا وجب الأخذ بالمثل إذا كان له مثل، فإذا لم يكن له مثلٌ، وجب الرجوع إلىٰ قيمته، والأصول علىٰ هذا كما بيناه.

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

إذا ثبت هذا، فإنه يأخذه بقيمة السلعة وقت البيع، لأنه وقت وجوب الشُّفْعَة، وثبوتها، ووقت استحقاق أخذ الشِّقْص بها، وما زاد بعد ذلك أو نقص من قيمة السلعة، فلا اعتبار به[1]، لأن تلك الزيادة فِي ملك المشْتَري، وذلك النقصان عن ملكه، وليس علىٰ الشَّفِيع شيء مما يحدث فِي ملك المشْتَري من الزيادة والنقصان.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: (ولو تَزَوَّجَ بِهَا فَهِيَ للشَّفِيع بِقِيمَةِ الْمَهْرِ)[2].

وهذا كما قال.. إذا أصدق امرأةً شِقْصًا له فِي دار بينه وبين شريكه، ثبتت الشُّفْعَة فِي ذلك الشِّقْص للشَّفِيع، وله أخذُه بمهر المثل، وذلك قيمة العِوَض، لأن البُضع لا مثل له، وقال مالك: تثبت الشُّفْعَة فِي ذلك الشِّقْص للشَّفِيع، ويأخذ الشِّقْص بقيمته، لا بمهر المثل، وقال أبو حنيفة: لا تثبُتُ الشُّفْعَة بحال[3].

واحتج من نصره بأن الشِّقْص لم يملك بمال، لأن البضع ليس بمال، وربما قالوا: ملك الشِّقْص بغير مال، فوجب أن لا تثبُتَ فيه الشُّفْعَة، أصله: إذا ملكه بالهبة، ولأن البضعَ إنما يُقَوَّمُ علىٰ الزوج أو الواطئ بالشبهة، والشَّفِيع ليس بواحد منهما، فلم يُقَوَّمْ عليه البضع.

---

(١) يعني أن الاعتبار بقيمة يوم البيع لا بما بعد ذلك، وذكر الشافعي عن مالك أنه قال يأخذها بقيمته يوم المحاكمة.. قال الروياني (٧/ ١٨): وهذا غلط.. وذكر نهاية المطلب (٧/ ٣٤٠) عن ابن أبي ليلىٰ أنه يأخذ بقيمة الشقص، ووافق أنه إذا كان مثليًّا يؤخذ الشقص بالمثل.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

(٣) ذكره بحر المذهب (٧/ ١٨) وقال: وهذا غلط.

ودليلُنا قولُه ﷺ: «**الشُّفْعَة فيما لم يُقْسَم**»[١] ولم يفرِّق، ولأنه عقد معاوضة، فجاز أن تثبت الشُّفْعَة فِي الأرض المملوكة به، أصله: المبيع.

ولا يدخل عليه الهبة، لأنها ليست بمعاوضة، ولا عقد الكتابة، لأنه لا يملك بها الأرض، لأن الكتابة لا تصح إلا بمال فِي الذمة مؤجلًا، والأرضُ وسائر الأعيان المعينة لا تثبُتُ فِي الذمة.

وعللنا للجواز حتىٰ لا يدخل عليه أعيان المسائل، ولأنه شِقْصٌ قابلٌ للشفعة، فإذا ملك بعقد معاوضة جاز أن تَثبت فيه الشُّفْعَة، الدليل عليه: إذا ملكه بالبيع، لأن البُضع ذو عوض مسمىٰ، وذو عوض ممثل، فجاز أن تثبت الشُّفْعَة فِي بدله، الدليل عليه: الأموال.

ولا يدخل عليه إذا اشترىٰ شقصًا من بئر، لأن التعليل لجواز ثبوت الشُّفْعَة فِي البدل، والبئر وإن كانت الشُّفْعَة لا تثبُتُ فِي الشِّقْص المبيع منها، فيجوز ثبوت الشُّفْعَة فِي بدله، وهو إذا اشترىٰ به شقصًا من دار.

فأما الجوابُ عن دليلِهم الأول، فهو أن نقول: أما قولُهم أنه ملك الشِّقْص بغير مال، فهو عبارة غير صحيحة فِي الأصل، لأن ملك الهبة بغير بدل، ولم يبذل فِي مقابلته مالًا، ولا غير مالٍ، وتلك العبارة تقتضي أن يَكون ملك الشِّقْص بشيء غير المال، ثم المعنىٰ فِي الأصل أنه ما ملكه بعقد معاوضة وليس كذلك فِي مسألتنا، فإنه ملكه بعقد معاوضة، فبذل العِوَض فِي مقابلة الشِّقْص، فلهذا ثبتت الشُّفْعَة فيه، وكان له أخذه بقيمته.

فإن قيل: فما قولكم فيه إذا صالحه علىٰ شقص عن الدم. **قلنا**: له أخذ الشِّقْص بقيمة الدم وقيمة الدية.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢١٣) واللفظ له، ومسلم (١٦٠٨) من حديث جابر رضي الله عنه، بنحوه.

وأما الجوابُ عن دليلهم الثاني، فهو أنَّا لا نسلِّمه، لأن البُضع يُقَوَّم علىٰ من ليس بزوج، ولا فِي معناه، ألا ترىٰ أن الكبرىٰ من امرأتيه إذا أرضعت الصغرىٰ انفسخ نكاحُها، ولزمه لها نصفُ المسمىٰ، وكان له الرجوعُ علىٰ الكبرىٰ بنصف مهر مثل الصغرىٰ فقوَّمناه عليها، وليست بزوج، ولا فِي معنىٰ الزوج، ثم إن سُلِّم لهم ذلك انكسر عليهم بالسلعة إذا اشترىٰ بها الشِّقْص، فإنها تُقَوَّمُ عليه، [وإنما تُقَوَّمُ عليه][1] بأحد أمرين؛ إما بالغصب أو بالإتلاف، وقد قومنا عليه فِي هذه الحالة، وليس بغاصب، ولا متلف، ولا انفصال لهم عن هذا.

إذا ثبت ما ذكرناه، فجملةُ[2] الخلافِ فيه إذا استأجر بشِقْص وملك المكتري الشِّقْص، كان للشَّفِيع أن يأخذ بأجرة المثل، وهو قيمة المنافع التي استحقها بالشِّقْص، وعند أبي حنيفة لا تثبُتُ فيه الشُّفْعَة، وعند مالك يأخذه بقيمته لا بقيمة المنافع، والكلام فِي المسألتين واحد.

• فَصْلٌ •

فأمَّا مالكٌ فقد حكينا مذهَبَه، والدليلُ علىٰ بطلانِهِ أنه ملك الشِّقْص القابل للشُّفعة ببدلٍ ليس له مثل، فكان له أخذُه بقيمته، أصله: إذا اشتراه بسلعة.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ قِيمَةِ الشِّقْص)[3].

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) في (ف، ص): «فمثله» وهو تحريف.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

وهذا كما قال.. إذا أصدقها شقصًا من أرض، وثبتتْ فيه الشُّفْعَة للشَّفِيع، ثم طلَّقها قبل الدخول، فلا يخلو من ثلاثة أحوال؛ إما أن يكون الشَّفِيع أخذ الشِّقْص بالشُّفْعَة، أو يكون قد عفا عنه، أو (كان لا)[1] يعلم بثبوت الشُّفْعَة حتىٰ طلق الزوج، ثم علم، فطلب الشِّقْص بالشُّفْعَة.

فأما الحالة الأولى - وهي إذا كان قد أخذ الشِّقْص - فإن الزوج يرجعُ عليها بنصف قيمة الشِّقْص، لأنه طلَّقها، والشِّقْصُ ليس فِي مِلكها، فهو كما لو باعته أو كان الصداقُ مأكولًا فأكلته أو ملبوسًا فلبسته وأبلته، فإنه يرجعُ إلىٰ نصف القيمة، لأن الوصول إلىٰ عين الصداق قد تعَذَّر، فكذلك ههنا.

وأما إذا كان قد عفا عن الشُّفْعَة رجع الزوجُ عليها بنصف الشِّقْص لأن عينَ الصداق فِي يدها علىٰ ملكها.

فإن قيل: هلا قلتم لا يرجعُ عليها بنفقة، وإنما يرجعُ بنصف قيمته، لأنه استُحق عليها وإنما ثبت لها بعد سقوط الاستحقاق.

قيل: ثبوتُ الاستحقاق، لا يُسْقِطُ حقَّ الزوج من عين الصداق، ألا ترىٰ أنها لو باعت الشِّقْص ثم رجع إليها بشراء أو هبة أو غيرهما ثم طلقها قبل الدخول - وهو فِي يدها وملكها - رجع عليها بنصفه اعتبارًا بحصوله فِي ملكها حين الطلاق، فكذلك ههنا.

وأما إذا لم يعلم بذلك حتى طلقها، ثم علم، فتنازعا فيه، فالذي نص عليه الشافعيُّ أن الشَّفِيع أولىٰ بالشِّقْص - وهو الصحيحُ - لأنَّ حقَّه أسبقُ من حق الزوج، لأنَّه ثبت بالإصداقِ، وحقُّ الزوج ثبت بالطلاق، فكان تقديمُ الأسبقِ أولىٰ، ولأن فِي تقديمِ الشَّفِيع علىٰ الزوجِ إيفاءً للحقين، لأن الشَّفِيع

---

(١) زيادة ضرورية، وينظر هذا التقسيم في الحاوي الكبير (٧/ ٢٥١ - ٢٥٢).

يأخذُ الشِّقْص، ويأخذ الزوجُ نصفَ القيمةِ، فيصل كلٌّ إلىٰ حقِّه، وإذا قدمنا الزوجَ وفَّيْنَاهُ حقَّه، وأسقطنا حقَّ الشفيعِ، فكان ما فيه إبقاؤهما أولىٰ.

وهذا كما قلنا فِي الراهن إذا أعتق العبد المرهون - وكان موسرًا - أن العتق ينفذ علىٰ الصحيح من المذهب، فيصلُ العبدُ إلىٰ حريته ويؤخذ منه قيمته فيتوثق بها المرتهنُ فيصل إلىٰ وثيقته، ويُوَفِّي كلٌّ واحدٍ حقَّه.

وفيه وجهٌ آخر أن الزوج أولىٰ، لأن حقَّه آكدُ ثبوتًا من الشفيع، لأنه ثبت بنص القرآن، وهو قوله تعالىٰ: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، وما ثبت بنص القرآن أولىٰ مما ثبت بغيره، وهذا ليس بصحيح، لأن الشُّفْعَة وإن لم تثبت بنص القرآن فقد ثَبَتَتْ بنص السنة، وإجماع الأمة، فثبوتُها مساوٍ لثبوت حق الزوج، فبطل هذا الدليل.

إذا تقرر هذا، وثبت أن الشَّفِيع أولىٰ، فإنه يأخذ جميعَ الشِّقْص، ويرجع الزوجُ عليها بنصفِ قيمةِ الشِّقْص أقل ما كانت من حين العقدِ إلىٰ حين القبضِ والتسليمِ، فإن كانت قيمتُه وقت العقدِ ألفين ووقتَ التسليمِ ألفًا، فالاعتبارُ بقيمته وقت التسليم، ويرجعُ عليها بنصف الألف، لأن ما نقص من قيمته كان فِي يده وقت ما كان الصداقُ فِي ضمانه لأن الضمان لَا ينْتَقلُ إليها إلا بالتسليمِ.

قال الشافعي[1]: يملك الصداق بالعقد، ويضمنه باليد، وما نقص من قيمته والضمان عليه دونها، فلا يرجعُ به عليها، وإن كان بخلاف ذلك فالاعتبارُ بقيمته وقت العقد، ويرجعُ بنصفِ ما عقدَ عليه، لأن ما زاد بعد ذلك فهو لها، وزيادة فِي ملكها، فلا يرجع عليها بشيء منه.

---

(١) الأم (٥/ ٧٢).

فرع

إذا باع من رجل شِقصًا، ثم فلس المشْتَري وحُجر عليه، وما كان البائع قبض الثمن، فتنازع فِي الشِّقْص الشَّفِيعُ والبائعُ فأيهما أولىٰ؟ فيه ثلاثة أوجه؛ الذي نصَّ عليه أن الشَّفِيع أولىٰ؛ لأن حقه أسبق، لأنه ثبت بالبيع، وحق البائع ثبت بالإفلاس، والحجرُ متأخر، والوجه الثاني: أن البائع أولىٰ، لأن الشُّفْعَة إنما أثبتناها للشَّفِيع لإزالة الضَّرَر عنه، ولو جعلنا الشِّقْص له لأضررنا بالبائع، لأنه لا يصلُ إلىٰ عين ماله، ولا إلىٰ وفاء ثمنه، لأنه يضاربُ مع الغرماء فيخصُّه بعض حقه، ولا[١] يجوز أن يزال الضَّرَر عن الشَّفِيع بإدخال الضَّرَر علىٰ غيره، ومِن أصْحابِنا مَن قال: أجعلُ الشِّقْص للشَّفِيع، وآخذ منه[٢] الثَّمنَ فأجعله للبائع، وأخصُّه به من بين الغرماء، فأوصِلُ كلَّ واحدٍ منهما إلىٰ حقِّه علىٰ التمام، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنِ اشْتَرَاهَا بِثَمَنٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ، قِيلَ للشَّفِيعِ «إِنْ شِئْتَ عَجِّلِ الثَّمَنَ وَتَعَجَّلِ الشُّفْعَة، وَإِلَّا فَدَعْ حَتَّى يَحِلَّ الْأَجَلُ»)[٣].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ الشِّقْصَ بثمنٍ مؤجل إلىٰ سنةٍ، فقد ذكر الشافعيُّ فِي القديم أن للشَّفِيع أن يأخذ الشِّقْص بمثل ذلك الثَّمن مؤجلًا إلىٰ سنةٍ كما اشتراه المشْتَري، وهو قول مالك[٤]، ووجهه شيئان؛ أحدهما: قوله

(١) زيادة ضرورية.

(٢) ليس في (ص).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

(٤) زاد في بحر المذهب (٧/ ٢١) أنه قول أحمد، واختاره أبو حامد.

ﷺ: «**فإن باعه ولم يؤذنه**»[١]، فشريكُه أحقُّ به بالثمن، فجعله أحقَّ به بالثَّمَنِ فِي جميع الأحوال، ولم يفرِّق، ولأن علىٰ الشَّفِيع أن يأخذ الشِّقْصَ بمثل ما أخذه به المشْتَري، وقد أخذه بثمن مؤجل، فكان للشَّفِيع أخذُه بمثل ذلك.

وذكر فِي الجديد أن الشَّفِيع بالخيار بين[٢] أن يأخذه فِي الحال، ويعجِّلَ الثَّمن للمشتري، وبين أن يؤخِّرَ الأخذ حتىٰ يحِلَّ الأجل، فإذا حلَّ أخذه، ودفع إليه الثمن، وهو قول أبي حنيفة[٣].

ووجهه أنا لو جعلنا للشَّفِيع أن يأخذ الشِّقْص بثمن مؤجل ألزمنا المشْتَري أن يقبل ذمة الشَّفِيع بدل ذمته، والذِّمم لا تتماثل، ألا ترىٰ أن الرجلَ الذي عليه الدينُ المؤجلُ إذا مات حلَّ الأصلُ ولم ينتقل الدينُ إلىٰ ذمة الوارث مؤجلًا، وكذلك إذا أحيلَ علَىٰ إنسانٍ لم يُجبر علىٰ قبولِ ذلك، لأن الذمم لا تتماثل، فقد يكون الرجُل مليًّا غير وفي، كلما طولب بالحقِّ ماطلَ ودافع، وقد يكون آخر دونه فِي اليسار، ويكونُ وفيًّا حسنَ المعاملةِ، سهل القضاء، فإذا كان كذلك ثبت أن الذمم لا تتماثل، وقد ثبت[٤] أنَّ علىٰ الشَّفِيع أخذَ الشِّقْص بمثل ما أخذه المشْتَري، وقد تعذَّرتِ المماثلة، فبطل أن يَكونَ له الأخذُ بالثَّمَنِ مؤجلًا، وإذا بطل ذلك ثبَت أنه بين أمرين: إما أن يأخذه ويعجل الثمن، أو يؤخر حتىٰ يحل، ثم يأخذ ويزن فِي الحال.

فرع ذكره ابن الحداد على قوله الجديد

فقال: إن مات المشْتَري، حلَّ عليه الدين، ولم يحلَّ علىٰ الشفيع، وكان

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٠٨).

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) بحر المذهب (٧/ ٢١)، وهذا القول هو المصحح عند الروياني.

(٤) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

له أن يؤخِّر حتىٰ يحل الأجل، ثم يكون له أخذُ الشِّقْص بثمنه فِي تلك الحال.

قال: لأن الثَّمن ثبت فِي حقَّه مؤجلًا فلا يحلُّ عليه بموتِ غيرهِ كالضامنِ للمالِ مؤجلًا إذا مات المضمون عنه، حل عليه، ولم يحل علىٰ الضامن، فكذلك هذا.

قال: وإن باعه المشْتَري صح البيع؛ لأن الثَّمن إذا كان حالًّا فباع الشِّقْص قبل أن يأخذه الشَّفِيع صحَّ البيعُ، فإذا باعه والثَّمن مؤجل أولىٰ، فإذا ثبت أن البيع يصح فللشَّفِيع أن يُمضيَ ذلك، ويأخذ الشِّقْص من المشْتَري الثاني بمثل ما اشتراه به، وله أن يؤخر الأمر حتىٰ يحلَّ الأجلُ المؤجلُ، ثم حينئذٍ يفسخ البيع، ويأخذ الشِّقْص من المشْتَري الأول بثمنه، لأن حقَّه لا يسقطُ بتصرف المشْتَري فِي الشِّقْص، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ وَرِثَهُ رَجُلَانِ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا، وَلَهُ ابْنَانِ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، فَأَرَادَ أَخُوهُ الشُّفْعَةَ دُونَ عَمِّهِ، فَكِلَاهُمَا سَوَاءٌ؛ لِأَنَّهُمَا فِيهَا شَرِيكَانِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا مات رجلٌ وخلَّف أرضًا، وخلَّف ابنين كانت الأرض بينهما نصفين، ثم إن أحدهما مات، وخلف ابنين، كان نصفها بينهما نصفين، فيحصل للعمِّ نصفُها، ولكلِّ واحدٍ منهما ربُعُها، ثم إن أحَد الابنين باع نصيبه ثبتت الشُّفْعَة فيه لأخيه، وهل تثبت لعمه أم لا؟ فيه قولان:

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

الذي نصَّ عليه فِي «الإملاء» - واختاره، وزعَم[١] أنه القياس - أنهما شريكان فيه، وليس أحدهما بأولىٰ من الآخر، وهو قول أبي حنيفة[٢].

وذكر فِي القديم أن الأخ أولىٰ بالشُّفْعَة من العم - وهو قولُ مالك - واستدل من نصره بأنَّ أخاه أخص به من عمه، وأقرب إلىٰ حصته منه بدليل شيئين أحدهما: أن سبب ملك الأخوين غير سبب ملك العم، لأنهما ورثا من أبيهما، وذاك ورث من أحدهما، ولأن القاسم إذا قسم ذلك بينهم جعل العم حِزْبًا، فجعلَ النصف له، وجعلهما معًا حِزْبًا آخر، فجعل النصفَ لهما، ثم قسمه بينهما، فإذا كان أخصَّ من العم فِي هذا الوجه، وجب أن يكون أولىٰ.. وهذا خطأ، لأنهما شريكان معًا فِي الأرض حال ثبوت الشُّفْعَة فِي الشِّقْص، فتساويا فيه، كما لو ورثه ثلاثة، فباع أحدهم.

فأما ما ذكروه من الخصوصية فعبارةٌ ليس تحتها معنىٰ، والذي ذكروا من اختلاف السبب واتفاقه لا تأثير له فِي الشُّفْعَة؛ ألا ترىٰ أن ثلاثةً لو ورثوا أرضًا فباع أحدُهم حصته، فعفوا، ثم باع الآخرُ حصته كان المشْتَري والوارث فِي الشُّفْعَة سواءً[٣]، والسببُ مختلف.

والذي ذكروه من القِسْمة غيرُ صحيح، لأن القاسِمَ يجعلُه أربعة أسهم، فنجعل[٤] للعم سهمين، وللأخوين سهمين، لكلِّ واحدٍ منهما سهمًا، كما نفعلُه فِي الفرائِضِ وفِي المناسخات، فإن الفريضةَ تُقسم فيما يصح منه فِي الجملة ثم يُقسم الجميعُ دفعةً واحدةً، فثبت أنه ليس من شرط القِسْمة أن

---

(١) لعل تعبير بحر المذهب (٧/ ٢٣) بقوله: «وقال» أولىٰ من تعبير المصنف بقوله: «وزعم».

(٢) وهو اختيار المزني وأحمد.

(٣) زيادة ضرورية.

(٤) في (ص، ف): «فجعل».

يجعلها جزئين.

إذا تقرر هذا، فإن قلنا إن الأخ أولىٰ فلا كلام، وإذا قلنا إنهما سواء؛ كان الشِّقْص بينهما، وكيف يكون؟ علىٰ قولين:

أحدهما: أنه بقدر الرءوس، فيكون ذلك الربعُ بينهما نصفين، وأقلُّ(١) عددٍ [نصفُهُ ربعٌ](٢) صحيحٌ: ثمانية(٣)، فتُجعل القسمة(٤) من ثمانية، فيكون للعم خمسة، أربعةٌ بميراثه، وسهمٌ بالشُّفْعَة.

والثاني: بقدر الأنصباء، فيكون الربعُ بينهما ثلثًا وثلثين، للعمِّ ثلثاه، وللأخ ثلثه، وأقلُّ عدد ربعُهُ ثلثٌ صحيحٌ: اثنىٰ عشر، فتُجعل القِسْمة من اثني عشر، للعم منها ثمانية؛ ستةٌ ميراثًا، واثنان بالشُّفْعَة، وللأخ أربعةٌ؛ ثلاثةٌ ميراثًا، وسهمٌ بالشُّفْعَة.

• فَصْلٌ •

إذا اشترى رجلٌ نصف أرضٍ، واشترى الآخرُ النصفَ الآخَرَ صفقةً واحدةً، ثم إن أخذ هذين باع حصته منها، فهل يكونُ صاحبُه الذي اشترى معه فِي صفقة واحدة أولى بالشُّفْعَة، أو يكون هو والمشْتَري للنصف سواء.

قال أبو العباس بن سريج: فيه قولان؛ أحدهما: إن صاحبه الذي اشترىٰ معه أولىٰ، والثاني: يتساويان، وهو الأصح.

إذا ثبت هذا، فإذا جعلناه أولىٰ فعفا عن الشُّفْعَة، فهل يثبت للمشتري

---

(١) في (ص): «وكل» وهو تحريف.

(٢) زيادة ضرورية.

(٣) زيادة ضرورية.

(٤) في (ص، ف): «القسم».

النصف أو هل تثبت للعم فِي مسألة الميراث؟

قال أبو العباس[١]: يحتمل وجهين:

أحدهما: أن الشُّفْعَة لا تثبُتُ لهما، لأن الشُّفْعَة إذا لم تثبت بالبيع لم تثبت بعد ذلك بالعفو، ألا ترىٰ أن الجار[٢] لما لم تثبت له شُفعةٌ بالعقد لم تثبت له إذا عفا الشَّرِيك.

والثاني: أن الشُّفْعَة ثبتت لهما؛ لأن حق الشُّفْعَة يثبت لهما بالعقد، وسببُهما واحدٌ فِي الاستحقاق غير أن أحدهما يقدم لمزية اختصاص، ألا ترىٰ أن ابني أخيه إذا باعا حصتهما ثبتت الشُّفْعَة فيهما له، وكذلك المشْتَريان إذا باعا لأجل مزية الاختصاص وجب أن تثبت للآخر؛ ألا ترىٰ أن واحدًا إذا قتل جماعة واحدًا بعد واحدٍ، فإنه يقدم الأسبق فالأسبق، فإذا عفا ثبت القصاص للذي يليه، لأن سببَ الاستحقاقِ للجماعة واحد، ولكن يقدم لمزية السبق، فإذا سقط حقُّه ثبت للذي يليه فكذلك هذا.

والذي ذكره يبطلُ به إذا كانت الأرضُ لثلاثة فباع أحدُهم حصته فثبتت الشُّفْعَة للآخرين ثم عفا أحدهما، فإن الشُّفْعَة للجميع تثبت للآخر، وإن كان حقُّ الشُّفْعَة لم يثبت فِي حصَّة العافِي بالعقد، ثم المعنىٰ فِي الجار أن حق الشُّفْعَة ما ثبت له بالعقد، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن حق الشُّفْعَة ثبت له بالبيع بدليل ما ذكرناه.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال المُزَني رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَهَذَا أَصَحُّ مِنْ أَحَدِ قَوْلَيْهِ إنَّ أَخَاهُ أَحَقُّ بِنَصِيبِهِ، وَفِي

---

(١) حكاه عنه بحر المذهب (٧/ ٢٥).

(٢) في (ص، ف): «الحاكم» وهو تحريف، وسيأتي علىٰ الصواب في آخر المسألة.

تَسْوِيَتِهِ بَيْنَ الشَّفِيعَيْنِ عَلَى كَثْرَةِ مَا لِلْعَمِّ عَلَى الْأَخِ قَضَاءٌ لِأَحَدِ قَوْلَيْهِ عَلَى الْآخَرِ فِي أَخْذِ الشُّفْعَة بِقَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا كانت أرضٌ بين جماعة، وحصصُهم مختلفةُ المقدار، فباع أحدُهم حصته ثبتَ للآخرين.

وهل يقسم ذلك علىٰ عدد الرءوس أو علىٰ قدر الأنصباء؟ فيه قولان:

أحدهما: بقدر الأنصباء، وهو قول مالك وعطاء، وأحمد، وإسحاق، والحسن البصري وسوار، وعبيد الله بن الحسن العنبري.

والقول الآخر: أنه علىٰ عدد الرءوس، وهو قول أبي حنيفة، وابن أبي ليلىٰ وابن شبرمة، والشعبي، والنخعي، واختيارُ المزنِي.

واحتج من نصره بأن كلَّ واحدٍ منهما لو انفرد لأخذ جميع المال بمثل سبب صاحبه، فإذا اجتمعا، وجب أن يتساويا، الدليل عليه: الابنان والأخوان.

قالوا: ولأن الشُّفْعَة لو كانت بقدر الأنصباء لوجب إذا كانت الأرض بين اثنين لأحدهما السدس، والباقي للآخر، فباع صاحبُ الكثير حصتَه منهما أن لا يكون لصاحب السدس إلا بقدر السدس، وقد أجمعنا علىٰ أنه يأخذ بالسدس جميع حصة البائع، فدل علىٰ أن الاعتبار بعدد الرءوس لا بمقدار الحِصص.

قال المزني[٢]: ولأن عبدًا لو كان بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس، ثم أعتق صاحب النصف والسدس حصتيهما، وهما

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

موسران عتق الجميع، وكان ضمان الثلث عليهما بالسوية، فكذلك هذا.

قال[١]: ولأن الشافعيَّ نص علىٰ أن الشُّفْعَة إذا ثبتت لرجل ثم مات، وخلف ابنًا وزوجة أنهما يستويان فيها، فسوَّىٰ بين الابن والزوجة، وذلك دليلٌ علىٰ أن الاعتبار بعدد الرءوس.

والدليلُ علىٰ أنها علىٰ قدر الأنصباء أنه حقٌّ مستفادٌ بالملك، فوجب أن يتَقَسَّط بين الأملاك علىٰ قدر الأملاك[٢]، أصله: ثمرة البستان، وغلة الدار، والعبد ونتاج البهيمة إذا كانت بينهم فإن النماء يتَقَسَّط علىٰ قدر حصصهم منها.

فإن قيل: لا نسلِّم أن حق[٣] الشُّفْعَة يستحق بالملك، وإنما يستحق بخوف التأذي علىٰ الدوام.

فالجوابُ: أن الشُّفْعَة تُستحق بالملك لأجل خوف التأذي علىٰ الدوام، فيَكون خوفُ التأذي علىٰ الدوام علة الاستحقاق والملك شرطًا فِي ذلك ألا ترىٰ أنه إذا لم يكن له ملك لم تثبت له الشُّفْعَة.

وكذلك إذا ثبتت له الشُّفْعَة ولم يعلم حتىٰ باع شقصه، ثم علم؛ لم تثبت له الشُّفْعَة، لأن ملكه قد زال.

وكذلك لو أن رجلًا لو أوصىٰ برقبة الدار لاثنين وبمنافعها لآخر فباع أحدُهما حصته من الدار كانت الشُّفْعَة لشريكه الآخر فِي الدار دون الموصىٰ له بالمنافع، وهو يخاف التأذي علىٰ الدوام؛ لأنه استحق المنافع

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

(٢) كذا! ولعله خطأ، وصوابه: «فوجب أن يتقسط عند الاشتراك علىٰ قدر الأملاك».. ينظر كفاية النبيه (١١/ ٦٠).

(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

علىٰ الدوام، فَدَلَّ ذلك علىٰ أن الملك شرطٌ فِي ثبوت المنفعة لأجل خوف التأذي علىٰ الدوام.

قال القاضي: ولو قلت: حقًّا يستفاد بسبب الملك كان صحيحًا، ولم يكن لهم هذه المناقضة، لأنه لا خلاف أن الملك سببٌ فِي استحقاق الشُّفْعَة، وخوفُ التأذي علىٰ الدوام علةٌ فيه؛ لأن الشُّفْعَة لا تثبُتُ إلا إذا وجد الملك وهذا كما نقول إن النكاح سببٌ فِي وجوب الكفارة بالظهار، والإحرامُ سببٌ فِي وجوبِ الكفارة بالوطء فيه، فالظهارُ والقَوَدُ وقتلُ الصيد والوطءُ عللٌ لوجوب الغرامات، والنكاحُ والإحرامُ والصومُ أسبابٌ لتلك العلل، فكذلك الملك سببٌ فِي مسألتنا، والعلة خوف التأذي علىٰ الدوام.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أن أحد[1] الشركاء لو عفا عن حصته لم يثبت لسائر شركائه، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن أَحَدَ الشفعاء إذا عفا عن حصته ثبتت للباقين، فدل علىٰ أنه لا يتَقَسَّط بعدد الأملاك.

فالجوابُ: أن هذه المعارضةَ لا تصح فِي الثمرة والنتاج؛ لأن أحدهم إذا عفىٰ عن حصته وأسقط حقَّه منها، كان ثابتًا له بعد العفو والإسقاط كما كان ثابتًا له قبله، وإنما يصح هذا فِي غلة الدار، لأن الأجرة إذا كانت فِي ذمة المستأجر، فأبرأه أحد الشركاء عن حصته سقطت حصته، وصحت براءتُه، ولا ترجع تلك الحصة إلىٰ الباقي.

والفرقُ بينهما علىٰ هذا أن المشْتَري اشترىٰ الشِّقْص صفقة واحدة.

فلو قلنا: إنَّ أحدَ الشفعاء إذا عفا كان للباقين أن يأخذوا ما كان لهم، ويدعوا هذا القدر الذي عفىٰ عنه كان فيه تبعيضٌ للصفقة علىٰ المشْتَري

---

(١) ليست في (ف).

وفِي ذلك ضرر عليه، فلهذا رجع حقُّه إذا عفا عنه، وهذا المعنىٰ غير موجود فِي مسألة الأجرة، فلهذا إذا عفا عن حصته والأجرة فِي ذمة المستأجر، سقط حقُّه منها، ولم يرجع إلىٰ الباقين.

وأيضًا، فإن الشُّفْعَة إنما تُستحق لخوف التأذي والضَّرَر بالداخل، وهذا المعنىٰ يوجد فِي حق الكثير أكثر مما يوجد فِي حقِّ صاحبِ القليل، وإذا كان المعنىٰ يختلف فيها ينبغي أن يختلف الاستحقاق أيضًا علىٰ حسب اختلاف الأملاك.

فأما الجوابُ عما ذكروه من قياسهم على الاثنين بعلة أن كلَّ واحدٍ منهما لو انفرد أخذ الجميعَ، فهو أن نقول: تُنتقضُ علَّتُكم بثلاثِ مسائل:

إحداها: الابنُ والبنتُ، لأن علىٰ مذهبكم تأخذ البنتُ جميعَ المالِ فرضًا وردًّا، وكلُّ واحدٍ منهما إذا انفرد أخذ جميع المال، وإذا اجتمعا اختلفا، ولم يتساويا.

فإن قيل: لأن سببَ أحدهما غير سبب الآخر، لأن للابن تعصيبًا وبه يرث، والبنتُ لا ترث بالتعصيب.

قيل: ليس ذلك، والسببُ فيهما واحد - وهو[1] البنوة - غير أن اللقب والاسم يختلف فسُمِّي ذلك تعصيبًا، والآخر فرضًا.

والثانية[2] الفارسُ والراجل، لأن كلَّ واحدٍ منهما إذا انفرد وحضر أخذ المال استحق جميعه، وإن حضرا معًا اختلفا فِي الأخذ والاستحقاق.

والثالثة: الغريمان إذا كان لأحدهما ثلاثمائة درهم، وللآخر مائتان،

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) زيادة من عندنا.

فمات غريمهما، ولم يخلف إلا مائة درهم، فإن تلك المائة تقسم بينهما مختلفًا، وكلُّ واحدٍ منهما لو انفرد لأخذ جميعها، ثم المعنىٰ فِي الأصل أنهما يستحقان ذلك بالبنوة، وسببُهما واحدٌ فتساويا، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنهما مستحقان للشفعة بالملك علىٰ ما قررناه، والملكُ مختلفٌ، فاختلفوا فِي استحقاقه.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أنه لو انفرد صاحب القليل أخذ الجميع، فلو كان يستحقه بالملك لأخذ البعض على قدر ملكه، فهو أنه إنما يأخذ جميعه حتىٰ لا يؤدي ذلك إلىٰ تبعيض الصفقة علىٰ المشْتَري، لأنَّه اشترىٰ جميعَ الشِّقْص صفقة واحدة، فلو جعلنا للشَّفِيع الأخذ بالشُّفْعَة علىٰ قدر ملكه تبعضتِ الصفقةُ علىٰ المشْتَري، وليس كذلك حال الاجتماع، لأن الصفقة لا تتبعضُ عليه إذا جعلناه لأحد الشفعاء أن يأخذ بقدر ملكه، لأن جميع الشِّقْص الذي اشتراه يؤخذ منه، ولهذا إذا عفا أحدُهم كان للباقين أخذ الجميع، وليس لهم التبعيض.

وأما الجوابُ عما ذكره المُزنِي، فهو أن ذلك إتلافٌ، وضمان التلف لا يختلف علىٰ حسب اختلاف أسباب التلف، ألا ترىٰ أنه إذا طرح أحدهما فِي الخل وزن دانق[1] من النجاسة، والآخر وزن درهم نجاسة وأكثر، وكان الطرح دفعة واحدة كان الضمانُ عليهما بالسوية، وكذلك إذا جرحه أحدُهما جراحة والآخر مائة جراحة، ثم مات كان الضمان عليهما بالسوية، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنه استحقاقُ حقٍّ بالملك علىٰ ما بيناه فقُسِّط علىٰ قدره.

فإن قالوا: ليس يلزمكم إلا الملك إلا للثلث، فإنهما استفاداه بملك

---

(١) الدانق: سدس الدرهم.

أحدهما النصف والآخر السدس حتىٰ نفذ فيه عتقهما.

فالجوابُ: أنهما لم يستفيداه بملكهما، وإنما استفاداه بالإتلاف، يدلُّك علىٰ صحة هذا أنهما يملكانه بعد زوال ملكهما للنصف والسدس، ولو استفاداه بالملك، لسقط بزواله كما نقول فِي الشُّفْعَة.

وجواب آخر، وهو أنهما ما استفادا الملك، وإنما ثبت لهما من طريق الحكم تبعًا للعتق، وليس يجري مجرىٰ حكم الأملاك، لأن الملك ما كان مستقرًّا وحصل للمالك به منفعةُ التصرف، وهذا الملك تبعٌ للإتلاف فكان حكمه حكم الإتلاف.

فأما الجوابُ عما ذكره المُزنِي من الابن والزوجة، فهو أن أبا إسحاق قال: هذه المسألة لا نعرفها للشافعي، والذي يقتضيه المذهبُ أنه إذا مات وخلف ابنًا وزوجةً ورثا الخيار فاستحقاه من حيث إنهما ورثاه لا من حيث إنهما ورثا الملك فاستحقاه بالملك، لأن الملك يتأخر، وإذا تأخر الملك عن حال البيع لم تثبت به الشُّفْعَة ولم تُستحق به، فإذا كان كذلك كان الخيار بينهما علىٰ قدر سهام الميراث، فلها الثُّمن وللابن سبعة أثمانه.

ومِن أصْحابِنا مَن قال: إن الورثة تقوم مقام الموروث فِي الخيار وفِي الملك، فيستحقون الخيار بالملك الذي ثبت لهم كما كان يستحقه الموروث.

فعلىٰ هذا تكون المسألة علىٰ قولين، أحدهما: علىٰ عدد الرؤوس، والثاني: علىٰ قدر الملك، فيكون الشافعي قد أجاب فِي المسألة التي ذكرها المُزنِي عنه علىٰ أحد القولين دون القول الآخر[1]، والله أعلم.

---

(١) ينظر بحر المذهب (٧/ ٢٤).

• فَصْلٌ •

خيارُ الشُّفْعَةِ موروثٌ، فإذا ثبتَتِ الشُّفْعَة للشَّفِيع، ومات قبل أن يأخُذَهَا كان لورثتِهِ أخذُها، وبه قال مالك، وربيعة، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثورٍ، وهو قولُ الحسن البصري، وسوَّار، وعبيد الله بن الحسن العنبري.

وقال أبو حنيفة والثوري: لا تورث، وتبطل بموته.

واحتج من نصرهما بثلاثة أشياء:

أحدها: أنه خيار يُملك به مال أو خيار يستجلب به مال، فوجب أن لا يكون موروثًا كخيار القبول والإقالة.

ولأنه خيار لا يجوز أخذ العِوَض عليه، فوجب أن لا يورث كخيار نفي النسب؛ لأنه إذا ثبت له نفي النسب ومات قبل أن ينفيه لم يكن للورثة نفيه.

ولأنكم إذا قلتم إن الخيار لا يبطل بموت الشَّفِيع وأنه يثبتُ للوارثِ لم يخلُ من ثلاثة أحوال؛ إما أن يقال: إن للوارث أن يأخذه بما تجدد من ملكه بعد موت الشفيع، أو بالملك الذي كان للموروث قبل موته، أو يكون ذلك باقيًا علىٰ ملك الموروث.

فبطل أن يقال أنه يأخذه بما تجدد من ملكه؛ لأن الملك إذا تأخر عن العقد لم تُملك به الشُّفْعَة، ألا ترىٰ أن الشَّفِيع إذا باع الشِّقْص لم يكن للمشتري منه أن يأخذ الشُّفْعَة التي كانت ثابتة له، لأن ملكه تجدد بعد ثبوتها.

وبطل أن يقال أنه يأخذه بما كان للموروث من الملك، لأن الإنسان لا يستحق الشُّفْعَة فِي الشِّقْص بما كان لغيره من الملك.

وبطل أن يقال إنه باقٍ علىٰ ملك الميت، لأن ملكه قد زال بموته.

فإذا بطلت هذه الأقسامُ لم يبقَ إلا أن الشُّفْعَة بَطلت بموته، وإذا بطلت بموته لم تثبت بعد ذلك لوارثه.

ودليلُنا أنه خيارٌ ثابتٌ لإزالة الضَّرَر عن المال، فجاز أن يكون موروثًا، أصله: خيارُ الرد بالعيب.

فإن قيل: هذا يبطلُ بخيار القبول، فإنه لإزالة الضرر، ولا يورث.

فالجوابُ: أنه ليس بثابتٍ، لأن للبائع أن يسقط ذلك الخيار ما لم يقبل المشْتَري، وهذا الخيار ثابتٌ له ليس لغيره أن يسقطه، وما كان ثابتًا (ورث وما)[1] لم يكن ثابتًا لم يورث، لأنه يَبطلُ بالموت، ولأن خيار القبول ليس لإزالة الضَّرَر عن[2] المال، فلم يدخل على[3] ما قلناه.

فإن قيل: لا نسلِّم أن خيار العيب موروث، لأنه يثبت للوارث ابتداء ولا ينتقل إليه من موروثه، ألا ترىٰ أنه إذا مات والسلعة فِي يد البائع ثم حدث بها عيب، فتسلمها الوارث وبها ذلك العيب؛ كان له الرد، وذلك الخيار ما كان ثبت للمشتري.

فالجوابُ أنه ليس كذلك؛ لأن ذلك الخيار إنما يُستحق بالعقد المتقدم عند إصابة العيبِ، والعيبُ الحادثُ قبل التسليم بمنزلة الموجود، لأنه ما لم يسلِّمها فهي مضمونة عليه.

وإذا كان كذلك إنما يستحق بالعقد ويحصل الحادث بمنزلة الموجود، وقد قام مقامه فِي الموجود، فكذلك فِي الحادث، والذي يؤكِّد هذا أن

---

(١) في (ص، ف): «وورث ما».

(٢) في (ص): من.

(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

المسبب يلحق بالسبب، ألا ترىٰ أنه إذا حفر بئرًا ومات، ووقعت فيها بهيمة؛ لزمه الضمان، ويكون بمنزلة الموجود فِي حال حياته.

فإن قيل: المعنىٰ فِي خيار العيب أنه يسقط إلىٰ مال ويئول إليه، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإن خيار الشُّفْعَة لا يسقط إلىٰ مال، ولا يئول إليه، فلهذا لم يورث.

فالجوابُ: أن معارضةَ الفرع تبطل بخيار المرتهن، فإنه لا يسقط إلىٰ مال، ومع هذا فإنه يورث، ثم إن المال الذي يثبُتُ لأجل العيب إذا سقط الخيار ليس ببدل عن الخيار، وإذا لم يكن بدلًا عن الخيار لم يكن فرقٌ بينه وبين مسألتنا، لأن الخيار فِي مسألتنا يقصد به المال.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أن خيار الردِّ بالعيب يصحُّ المصالحة عنه بمالٍ، وليس كذلك خيار الشُّفْعَة، فإنه لا تصح المصالحة عنه بمال.

فالجوابُ: أن لنا وجهين فِي خيار الرد بالعيب هل تصحُّ المصالحةُ عنه بمالٍ، فإن قلنا: لا يَصح، سوينا بينهما، وإن قلنا: يصح، انتقضت علتُكم بخيار المرتهن، فإنه لا يصِحُّ المصالحة عنه بمالٍ ومع هذا فإنه يورث.

وأيضًا، فإن حق الشُّفْعَة تعلق بالشِّقْص الذي ملكه المشْتَري من حيث إنه يستحقه الشَّفِيع كما تعلق حق الشُّفْعَة الذي فِي يد الشَّفِيع من حيث إنه يستحق به الشِّقْص، ثم ثبت أن المشْتَري إذا مات لم يسقط حق الشُّفْعَة الذي ثبت بالشِّقْص فِي يده، ولأن كل مالٍ ورث بحقوقه المتعلقة به.

ألا ترىٰ أنه إذا ورث جارية من وجه ورثها علىٰ تلك الحالة مسلوبة الاستمتاع، وكذلك إذا ورث الراهنُ الرهنَ ورثه علىٰ حالته، وثيقة للمرتهن، وكذلك المكري إذا مات ورث وارثه الدار علىٰ حالتها مسلوبة المنافع،

وكذلك من ورث الدار ورثها بحقوقها ومرافقها.

وعلىٰ هذا فكذلك لمَّا ورث الشِّقْص ينبغي أن يرثه بحقه، ولأن الخيار إنما يثبت للشَّفِيع للتأذي الذي يلحقه علىٰ الدوام، وهذا المعنىٰ موجودٌ فِي حق الوارث لما كان موجودًا فِي حق الموروث.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم الأول، فهو أن نقول: لا نسلِّم أن المال المبيع يملك بالقبول، لأن المشْتَري إنما يملك البيع بالإيجاب والقبول معًا، ألا ترىٰ أنه لو قبل من غير إيجاب لم يكن لقبوله فائدة، ثم هذا يَبطل بخيار الرد بالعيب، لأنه يُستجلب به مال، وهو موروثٌ، ثم المعنىٰ فِي الأصل أن خيار الإقالة والقبول ليس بثابتٍ ألا ترىٰ أن لصاحبه أن يبطله عليه بالرجوع عن إيجابه وإقالته، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنه خيارٌ ثابتٌ، فكان موروثًا، ألا ترىٰ أن ما كان لازمًا من العقود لم يؤثر فيه الموت، وما كان جائزًا منها أثر فيه الموت، فأبطله كالوكالة، والشَّرِكة، وغيرهما.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على خيارِ النفيِ، فهو أنه يبطل بخيار الرهن، لأنه لا يصِحُّ أخذ العِوَض عنه، ويورث، ثم المعنىٰ فِي الأصل أن النفي لا يتصور من جميع الورثة، لأن المنفِي منهم، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنه خيار ثابت لإزالة الضَّرَر عن المال، والمعنىٰ الذي ثبت له حق فِي الموروث ثابت فِي الوارث فوجب أن يكون موروثًا.

وأما الجوابُ عن التقسيم الذي ذكروه، فهو أن نقول هذا يبطل عِلَّتكم بالرد بالعيب لأنه يتقسم علىٰ ما ذكرتموه، لأنه لا يجوز أن يرده لأجل الملك الذي تجدد له، ولا يجوز أن يرده بالملك السابق لموروثه، ألا ترىٰ أن المشْتَري إذا باع سلعةً قبل أن يعلم بالعيب ثم علم به لم يكن له رده، ولا أخذ الأرش، ولا يجوز أن يقال: إن الملكَ باقٍ له بعد البيعِ، وكلُّ جوابٍ

لهم عن هذا فهو جوابُنا عن التقسيمِ الذي ذكروا، ثمَّ الفرقُ بين الوارث وبين المشْتَري أنَّ الوارثَ يقومُ مقامَ الموروث فِي أملاكه وحقوقه فقام مقامه فِي الخيار، وليس كذلك المشْتَري، فإنه لا يقوم مقام البائع فِي الحقوق التي تثبت له، فلهذا فرقنا بينهما.

• فَصْلٌ •

إذا ثبت أنه موروثٌ، فهو على ما ذكرنا مِن الخلافِ بين أصحابنا، فعلىٰ قول أبي إسحاق يرثون الخيارَ ويستحقونه علىٰ قدْر سهامهم قولًا واحدًا، ولا يسْتحقونه بالملك، وعلىٰ قول غيره يستحقونه بالملك الذي يرثونه، فتكون المسألة علىٰ قولين؛ أحدهما: علىٰ عدد الرءوس، والثاني: علىٰ قدر الأملاك.

إذا ثبت هذا، فثبت الخيارُ لجماعة من الورثةِ، ثم عفا أحدهم عن الشُّفْعَة فهل يسقط حق الباقين أم لا؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: يسقط لأنهم قاموا مقام موروثهم لو عفا عن بعض شفعته سقط الجميع فكذلك هؤلاء، **والثاني**: لا يسقطُ، ويكونُ للباقين أخذُ الجميع، كجماعة الشفعاء إذا عفا أحدُهم رجع حقُّه إلىٰ الباقين، فكان لهم أخذُ الجميع فكذلك هذا، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي ﵁: (فَإِنْ حَضَرَ أَحَدُ الشُّفَعَاءِ أَخَذَ الْكُلَّ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وإِنْ حَضَرَ الثَّانِي أَخَذَ مِنْهُ النِّصْفَ بِنِصْفِ الثَّمَنِ، فَإِنْ حَضَرَ الثَّالِثُ أَخَذَ مِنْهُمَا[1] الثُّلُثَ بِثُلُثِ الثَّمَنِ حَتَّى يَكُونُوا سَوَاءً، فَإِنْ كَانَ الاثْنَانِ اقْتَسَمَا

(١) في (ص): منها.

كَانَ لِلثَّالِثِ نَقْضُ قِسْمَتِهِمَا، فَإِنْ سَلَّمَ بَعْضُهُمْ لم يَكُنْ لِبَعْضٍ إِلَّا أَخْذُ الْـكُلِّ أَوْ التَّرْكُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا كانت الدار أو الأرض بين أربعة، فباع أحدُهم حصته من رجل ثبت للثلاثة حقُّ الشُّفْعَة، ولا يخلو حالُهم من أحد أمرين: إما أن يكونوا حضورًا أو غُيبًا.

فإن كانوا حضورًا، فإن عفوا استقر الشِّقْص للمشتري، وإن أخذوه استقر لهم على ما ذكرنا، وإن عفا أحدُهم رجع حقُّه إلى الآخرين.

فأما إذا كانوا غُيبًا، فإن حقَّ الشُّفْعَة ثابتٌ لهم، ولا يبطُلُ بغيبتهم لما ذكرنا فيما مضى، فإذا ثبت أن حق الشُّفْعَة ثابت لهم، فإن رجع أحدُهم، نُظِر؛ فإن عفا عن الشُّفْعَة صح عفوه، وسقط حقُّه، وإن لم يعفُ، وأراد الأخذ، قلنا له: إما أن تأخذَ الكلَّ أو تدعَ الكلَّ، وليسَ له أنْ يأخذَ ما يخُصُّه دونَ ما يخصُّ الآخرين لمعنيين؛ أحدِهما: أنْ الشُّفْعَة لإزالة الضَّرَر، فلا يجوز أن نزيل الضَّرَر عن الشَّفِيع بضرر يدخل على المشْتَري بتبعيضِ الشُّفْعَة عليه، وليس ههنا شفيعٌ مطالبٌ غيرُه، والظاهر أن الحقَّ له دون غيرِه، ولا ندري حال الآخرين، وإذا كان الظاهرُ كذلك، كان كما لو لم يكن غيرُه أصلًا.

إذا ثبت هذا، فإن أخذ جميعَ الشِّقْص بجميعِ الثمن، ثم رجع الثاني، فإن عفَا عن حقِّه، سقطَ حقُّه، وبقِي الشِّقْص على ما كان عليه فِي يدِ الأول، وإنْ أرادَ أن يأخذ الشُّفْعَة، رجعَ على الأول بنصفِ الشِّقْص، وأخذَه بالشُّفْعَة، وليس له أن يقولَ: «لا آخذُ إلا حصتي» للمعنى الثاني وهو أنَّ الظاهرَ أنَّه لا

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

شفيع غيرهما، وهو كما لو لم يكن غيرُهما أصلًا.

ولا يجيءُ ههنا المعنىٰ الأول - وهو التبعيض - لأن الصفقة ههنا لا تتبعضُ علىٰ المشْتَري، لأنَّ الشِّقْص خرجَ من يدهِ وملكه، وإذا رجعَ الثالثُ، فإن عفا سقطَ حقُّه، واستقرَّ الشِّقْص للآخرين علىٰ ما اقتسماه لكلِّ واحدٍ نصفه، وإن كان أخذَ الشُّفْعَة أخذ الثلث، فجعل فِي يد كلِّ واحدٍ منهم الثلث وهو حقه.

إذا تقرر هذا، وحصلَ الشِّقْص فِي أيديهم علىٰ ما ذكرنا من الترتيب، فإن كان الأول استغلَّ الشِّقْص، وحصلت الغلةُ فِي يدهِ، وتميز النماءُ فِي ملكه مثل أن تكونَ الأشجارُ فِي ذلك الشِّقْص أثمرت، كان النماءُ له دون الثاني، لأنه تَميَّزَ وهو فِي ملكِهِ قبل أن يحصلَ فِي ملكِ الثاني.

وكذلك الاثنان إذا استغلَّا، وتميَّز النماءُ فِي ملكِهما قبل مجيء الثالثِ، كان النماءُ والغلةُ لهما، ولا حقَّ للثالثِ فيه كما قلنا فِي المشْتَري إذا استغلَّ الشِّقْص، وأخذ النماءَ المتميزَ ثم أخذه الشَّفِيع أنَّ النماءَ يكون للمشتري، ولا شيءَ للشَّفِيع منه، لأنَّه تميز فِي ملك المشْتَري.

وإن كان الاثنان اقتسما الشِّقْص قبلَ مجيء الثالثِ، صحَّت القِسْمة، وثبوتُ حقِّ الثالثِ لا يمنعُ صحةَ القِسْمة، ألا ترىٰ أن المشْتَري إذا باعَ الشِّقْص صحَّ بيعُه، ولا يمنعُ استحقاق الشَّفِيع صحة البيع.

إذا ثبت هذا، فإذا رجع الثالثُ وطالب بالشُّفْعَة كان له نقضُ القِسْمة وردُّها كما للشَّفِيع أن يفسخَ بيعَ المشْتَري إذا طالبَ بالشُّفْعَة.

وإن كان الاثنان ردَّاه بالعيبِ علىٰ المشْتَري ورجع الثالث كان له أخذُه من المشْتَري، لأن أكثرَ ما فِي ذلك أنهم تركوا حقَّهم، ولو عفوا كانَ للثالثِ

أن يأخذَ جميعَ الشِّقْص فكذلك هذا، ومتىٰ خرج الشِّقْص مستحقًّا من أيدِي الثلاثةِ رجعوا كلُّهم علىٰ المشْتَري.

وإن كان الثاني والثالثُ لم يَزِنا له، وإنما وزنا لشريكهما، لأنَّ الشُّفْعَة فِي جميعِ الشِّقْص بِجميعِ الثَّمنِ إنما استحقَّت علىٰ المشْتَري، وإنما كلفنا الأول أن يأخذ جميعه أو يتركه مراعاةً لحقِّ المشْتَري حتىٰ لا تَتبعض عليه الصفقة.

فأما إذا حضر الأولُ من الثلاثةِ، وقالَ: «لا آخذُ الجميعَ، ولا أعفو، ولكن أنتظرُ، فإن حضَر شركائي، وعفوا أخذتُ الجميعَ بالشُّفْعَة، وإن طلبا الشُّفْعَة أخذ كلُّ واحدٍ منهما[1] حقَّه» فهل يبطلُ حقُّه من الشُّفْعَة أم لا؟

قال أبو علىٰ بن أبي هريرة يبطل، لأنه أمكنه أخذ الشُّفْعَة، ولم يفعل. وقال أبو إسحاق لا يبطلُ خيارُه، لأنَّ له غرضًا صحيحًا فِي ذلك، لأنه يقول «لا آمنُ إذا وزنتُ المالَ أن يرجعا فيأخذا حصتَهما من الشِّقْص، ويتعذَّر عليَّ الوصولُ إلىٰ ما وزنتُه من حصتِهما» وإذا كان له فِي ذلك غرضٌ صحيحٌ لم تبطل شفعتُهُ.

والذي ذكره أبو علي ينتقض بالثَّمَنِ إذا كان مؤجلًا فأخَّره حتىٰ يحل الأجل، فإن أمكنه أخذ الشُّفْعَة بتعجيلِ الثمنِ، ولا تبطلُ بالتأخير.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ لَوْ أَصَابَهَا هَدْمٌ مِنْ السَّمَاءِ إِمَّا أَخَذَ الْكُلَّ بِالثَّمَنِ، وَإِمَّا تَرَكَ)[2].

---

(١) في (ف): «منا».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ حصةً فِي دارٍ، وانهدمَ بعضُ البناء، وانفصل عن تأليفه، وبقي البعضُ بحاله، ثُمَّ طلب الشَّفِيع الشِّقْص بالشُّفْعَة، فإن المُزنِي نقل أنه يأخذه بالكل أو يترك، وهكذا ذكره فِي «التفليس»(١)، قال أبو إسحاق: نقلَ المُزنِي ذلك عن رواية حرملة، وقال فِي القديم فِي رواية الزعفراني(٢) يأخذه بحصته من الثمنِ.

واختلف أصحابُنا فِي ذلك علىٰ أربعة طرقٍ(٣):

فمِنهُم مَن قالَ: ما انفصل بالانهدام لا يدخلُ فِي الشُّفْعَة لأنَّ الشَّفِيع إنما يملكُ الشِّقْص بالشُّفْعَة [إذا أخذه بالشُّفْعَة فأما قبل الطلب والأخذ فلا يملِكُه وحين يأخذه بالشُّفْعَة](٤) ويملكه يكونُ بعضُ البناءِ منفصلًا، فهو بمنزلة القماشِ فيه، ولا يدخلُ فِي الجملة، وهذا كما نقولُ فِي الدارِ إذا انتقض بعضُها وانفصل عن التأليفِ فإنه يدخلُ فِي البيع ما كان متصلًا بها من البناء مؤلفًا، وما كان منفصلًا من ذلكَ النقضِ لا يدخلُ فِي البيع، ويكون بمنزلة القماش فيها، فأما المتصل فيدخل فِي الجملة.

وبكم يأخذه الشفيع؟ فيه قولان:

أحدهما: يأخذه بجميع الثَّمن أو يدع، والدليلُ عليه شيئان، **أحدهما**: قوله ﷺ: «**فإن باعه ولم يؤذِنْه، فهو أحقُّ به بالثمن**»(٥) فجعله أحق بجميع الثمن، ولم يفرق، **والثاني**: أنها لو عَابت بانشقاق الحائط، وانكسار جذع، وما أشبه

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٢٦٥) ونهاية المطلب (٧/ ٣٦٨)

(٢) الحسن بن محمد بن الصباح الزعفراني، أبو علي البغدادي .

(٣) ذكر الروياني (٧/ ٣٣) أنهم اختلفوا علىٰ خمسة طرق.

(٤) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٥) أخرجه مسلم (١٦٠٨).

ذلك، كان بالخيار بين أن يأخذها بجميع الثَّمن أو يدع، فكذلك هذا.

والقول الثاني: أنه يأخذُه بحصته من الثمنِ[١]، والدليلُ عليه شيئان، **أحدهما**: أن تلك الأعيان التي انتقضت وانفصلت قد تناولتها الصفقة، وقابلها الثمن، فوجب أن يتَقَسَّط عليها كما نقول فِي السيف والشِّقْص من الدار إذا بيعا معًا كان للشَّفِيع أخذ الشِّقْص بما قابله من الثَّمن فكذلك هذا، **والثاني**: أنَّ الشُّفْعَة إنما أثبتناها للشَّفِيع لإزالة الضَّرَر عنه، فلا يجوز أن نزيل الضَّرَر عنه بضرر آخر يدخل عليه، وإذا كلفناه أن يأخذ الشِّقْص بما بقي من بنائه متصلًا بجميع الثَّمن أو يدع كان فِي ذلك ضرر عليه، لأنه يأخذ بعض ما تناوله العقدُ بجميع الثمن.

فأما الخبر المحتجُّ به للقول الأول، فلا حجة فيه، لأنه جعله أحقَّ به بالثَّمَنِ، وكذا نقول، إلا أنه يقتضي أخذ الجميع، فأما إذا نقص منه شيء فإنه يأخذه بحصته من الثمن.

وأما الدليل الآخر، فالجوابُ عنه أن الحائط إذا مال وانشق والجذع إذا اندق، فإن الأعيان بحالها غير أنه حدث فيها اختلالٌ فِي التأليفِ، والتأليفُ لا يقابله قسطٌ من الثمن، وإنما يتَقَسَّط الثَّمن علىٰ الأعيان، وفِي مسألتنا قد انفصل بعد الأعيان ولم يدخل فِي جملة ما يأخذه الشفيع، فلهذا قلنا إنه يأخذه بحصته، وهذا جميعُ الطريقة الأولىٰ.

وأما الطريقة الثانية - فتُحكىٰ عن أبي العباس - وهي أن ما انتقض وانفصل لا يدخلُ فِي الشُّفْعَة كما ذكرنا فيما مضىٰ، فأما ما بقي متصلًا بالشِّقْص فإنه يأخذه بحصته من الثَّمن قولًا واحدًا لما ذكرنا من الدليل لهذا

---

(١) قال الروياني (٧/ ٣٤): وهو الصحيح.

القول، وقول الشافعي أنه يأخذه بجميعه أراد إذا لم ينفَصِل عينُ بناء الدار، ولكنه عاب بميل أو انشقاق أو انكسار جذع أو ما أشبه ذلك من اختلالِ التأليفِ دون انفصال العين.

والطريقة الثالثة - قالها أبو إسحاق - وهي أن[١] ما انفصل من الأعيان بالانتقاض يدخل فِي الشُّفْعَة، لأن هذه الشُّفْعَة إنما يستحقها بالعقد، وقد كان ذلك متصلًا حال العقد فاستحق جميعه بالشُّفْعَة، وانتقاضهُ وانفصالهُ بعد ذلك لا يؤثر كما أن المشْتَري يملك الدار بالبيع، فما كان متصلًا بها فإنه يدخل فِي البيع، ثم إن انفصل منها شيء بالانتقاض بعد البيع وقبل التسليم فإنه يستحق تسليم جميعه المنفصل والمتصل؛ لأنّ هذا التسليمَ إنما يستحقه بما تقدم من البيع وحين البيع كان متصلًا بالدار فدخل فِي ملكه واستحقاقه، فكذلك هذا.

فإذا ثبت هذا، فإنه يأخذ جميع المتصل والمنفصل بجميع الثمن، وهو ما نقله المُزنِي، والموضع الذي قال «يأخذه بحصته» هو إذا كان قد فُقد من تلك الأعيان التي انتُقضت مثل أن يُسرق منها جذعٌ أو غيره، فيأخذ الباقي بما يخصه من الثمن، لأنه فقد بعض ما تناوله العقد، وقابله جزء من الثمن، **والقاضي أبو الطيب يختار هذه الطريقة**[٢].

والطريقة الرابعة: أنه يأخذ الجميع بالشُّفْعَة، فإن كان فُقِدَ من الأعيان شيءٌ، نُظِرَ فإن كان من جهة الآدميين[٣] بجناية منه مثل أن يكون غصبه أو

---

(١) في (ص، ف): «إذا» وهو تحريف.

(٢) قال الروياني (٧/ ٣٤): وهذا اختيار ابن أبي هريرة وأكثر شيوخنا ببغداد، وهذا لأن المزني ثقة في الرواية فلا ينبغي أن ترد روايته.

(٣) وهذا الذي نقله المزني.

أحرقه، فإن الشَّفِيع يأخذ الباقي بحصته، لأنه لا ضرر علىٰ المشْتَري فِي ذلك، لأنه يؤخذ منه بالحصة ويرجع هو علىٰ الجاني ببدل ما أتلفه فيحصل له وفاء ما وزن، وإن كان فقد ذلك بغير فعل الآدمي[١]، وإنما هو بصاعقة أرسلت عليه من السماء أخذ الشَّفِيع ما بقي بجميع الثَّمن أو يدع، وليس له الأخذ بما يخصه، لأن المشْتَري لا يرجع بوفاء ما وزن علىٰ غيره فيكون عليه فِي ذلك ضرر، والضَّرَر لا يزال بالضرر، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي ﵁: (وَلَوْ قَاسَمَ وَبَنَى قِيلَ للشَّفِيع: «إنْ شِئْتَ فَخُذْ بالثَّمَنِ وَقِيمَةِ الْبِنَاءِ الْيَوْمَ أَوْ دَعْ»؛ لِأَنَّهُ بَنَى غَيْرَ مُتَعَدٍّ، فَلَا يُهْدَمُ مَا بَنَى)[٢].

وهذا كما قال.. إذا حصه من دار أو قاسم، وميز المبيع من عين المبيع وبنىٰ فِي الحصة المبيعة، وغرس فيها قال الشافعي: كان الشَّفِيع بين أمرين؛ بين أن يأخذه بالثَّمَنِ وقيمة البناء يوم يأخذ، أو يدع[٣].

اعترض فِي ذلك المزني، فقال: كيف تكونُ الشُّفْعَة باقيةً بعد المقاسمة، لأن الشَّرِيك إذا قاسم، ورضي فقد سَقطت شفعته[٤].

وأجاب أصحابُنا عن هذا، فقالوا: يمكن بقاء الشُّفْعَة مع المقاسمة مع

(١) وهذا الذي نقله الربيع.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

(٣) وقصد به الرد علىٰ أبي حنيفةَ حيث قال: ليس علىٰ الشفيع أن يغرم قيمةَ البناء ويجبر علىٰ قلعه، وبه قال الثوري والمزني، وبقولنا قال النخعي ومالك وأحمد وإسحاق والأوزاعي.. بحر المذهب (٧/ ٣٥).

(٤) حكىٰ الروياني (٧/ ٣٥) اعتراض المزني وقال: وهذا الذي قاله غلط.

الشَّرِيك ومع الثابت عنه فِي مواضع منها أن يظهر المشْتَري أنه اتهبه، ثم قاسمه الشَّرِيك وقامت البينة بأنه اشتراه، فإنه يكونُ علىٰ شفعته، لأنه إنما قاسم علىٰ أن لا شفعة له فِي المبيع، لأن الشُّفْعَة لا تثبُتُ بالهبة، فإذا بان الأمر بخلافه كان علىٰ شفعته.

وكذلك إذا أظهر أنه اشتراه بأكثر من ثمنه، فرغب الشَّفِيع عن الشِّقْص، فقاسمه، ثم قامت البينةُ بأن الثَّمن أقل مما أظهر فيكون علىٰ شفعته.

وكذلك إذا كان غائبًا وله وكيلٌ حاضرٌ فِي التصرف فِي ماله ومقاسمة شركائه واستيفاء حقوقه، فرأىٰ الحظ فِي المقاسمة، فقاسم ثم حضر الموكل وبان أن الحظ كان فِي أخذ الشُّفْعَة كان له نقضُ[1] القِسْمة وأخْذُ الشِّقْص بالشُّفْعَة.

وكذلك الوصي أو الأب إذا عفا عن الشُّفْعَة فقاسم المشْتَري وبلغ الصبيُّ وبان أنَّ الحظَّ كان فِي أخذ الشِّقْص بالشُّفْعَة، فإن القِسْمة تنقض، ويؤخذ الشِّقْص بالشُّفْعَة.

وكذلك إذا كان الشَّرِيك غائبًا، وطالت غيبتُه، وليس له وكيلٌ حاضرٌ فجاء المشْتَري إلىٰ الحاكم وطالبه بقسمةِ الأرض بينه وبين شريكه لينفرد بملكه ويتصرف فيه، ففعل الحاكم، ثم رجع الغائب فنقض القِسْمة كان له أخذ الشِّقْص بالشُّفْعَة فيتصور بقاء الشُّفْعَة مع المقاسمة بنفسه أو بالنائب عنه علىٰ ما ذكرنا.

إذا ثبت هذا، فإن المشْتَري بالخيار بين قلْع بنائه وغراسه وبين ترْكها بحالها، فإن أراد قلْعها كان له ذلك، لأنه عين ماله وملكه، فإن قلعها لم يكن

---

(١) في (ص): بعض.

عليه تسوية الحُفر، لأنه بنىٰ وغرس فِي ملكه.

ويكون الشَّفِيع بين أمرين بين أن يأخذه بجميع الثَّمن ولا ينقصُ منه شيئًا لأجل النقصان الذي حدث بالقَلع والحفر وبين أن يدع، لأن ذلك النقصان لا يقابله جزء من الثمن، لأن الثَّمن إنما يقابل سهام الأرض كثلثها وربعها وعُشرها ولا يقابل ترابها واستواءها، كما نَقول فِي ثمن العبد يقابل سهامه كالنصف والربع والعشر ولا يقابل أعضاءه، فلو ذهبت أعضاؤه، كان المشْتَري بالخيار بين أن يأخذه بجميع الثَّمن أو يدع، فكذلك هذا.

وأما إذا لم يقلع المشْتَري بناءه وغراسه، فإن الشَّفِيع يكون بين ثلاث خيارات: بين أن يأخذ الشِّقْص بالبناء والغراس، ويغرم قيمتها له وقت الأخذ، لأنه وقت التمليك، وزوال الملك، ولا يراعىٰ ما تقدم من كثرة النفقة وقلتها أو زيادة القيمة ونقصانها، لأن الاعتبار بوقت الأخذ، وبين أن يأخذ الشِّقْص، ويكلف المشْتَري قلعها بشرط أن يضمن الشَّفِيع ما نقص بالقلع فيقوم ثابته ومقلوعه ويضمن له ما بين القيمتين، فإذا ضمن ذلك، كلف المشْتَري قلعها، لأنه إذا أخذ القيمة فِي القسم الأول، أو أخذ الأرش فِي القسم الثاني، فقد زال عنه الضَّرَر فلم ينقص من حقه شيئًا.

والخيارُ الثالثُ أن يدع الشِّقْص للمشتري حتىٰ يستقر له فإذا لم يفعل شيئًا من هذه الثلاثة، وأراد أن يحبس المشْتَري علىٰ القلع من غير غرامة أرش لم يكن له ذلك.

هذا مذهبنا، وبه قال مالك، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق، والنخعي.

وقال أبو حنيفة والثَّوري والمُزنِي يُجبر علىٰ القلع.. واحتج من نصرهم بأنه بنىٰ في حق غيره بغير إذنه، فوجب أن يجبر علىٰ قلعه كما لو بنىٰ فِي

أرض اشتراها فخرجت مستحقة، ولأنه نوعُ تصرف فِي الشِّقْص المبيع من المشْتَري فكان للشَّفِيع نقضُه وإزالتُه كما لو باعه، فإنَّ له فسخَ البيع، ولأن حقَّ الشَّفِيع أسبقُ من حق المشْتَري، لأن حقه يثبت برغبة الشَّرِيك عن شقصه، فإنه لو قال لأجْنَبي «بعتُك هذا الشِّقْص بدرهم» فقال له«لم تبعنيه» كان للشَّفِيع أخذه بذلك الدرهم، ولا يثبت للمشتري فيه حقٌّ إلا بعد قبوله البيع علىٰ أن حق الشَّفِيع أسبق ومراعاة الأسبق أولىٰ.

ودليلُنا قولُه ﷺ: «**ليس لعرق ظالم حق**»(١) وهذا ليس بعرق ظالم، فوجب أن يكون له حقٌّ؛ ولأنه بناءٌ فِي ملكه الذي يملكُ بيعه، فوجب أن لا يُجبر علىٰ قلْعه علىٰ وجه يستضرُّ به، الدليلُ عليه إذا بنىٰ فِي ملكه الذي لا حقَّ لأحدٍ فيه.

فإن قيل المعنىٰ فِي الأصل أنه لم يبنِ فِي حق غيره، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنه بنىٰ فِي حق غيره، لأن حق الشَّفِيع متعلق بذلك الشِّقْص فلهذا أجبر علىٰ قلعه.

قيل: هذا يبطل عِلَّتكم بالأرض إذا أصدقها امرأته فبنتْ فيها ثم طلقها فإنها لا تجبر علىٰ قلع البناء.

وكذلك إذا وهب أرضًا لمن يجوز الرجوع فِي الهبة منه، ثم بنىٰ فيها وغرس، ثم رجع فِي الهبة؛ لم يُجبر علىٰ قلعها.

فإن قيل: ليس للزوج ولا للواهب حقٌّ ثابتٌ حين البناء والغراس، لأن حقَّهما إنما ثبت بسبب آخر، فأما الزوجُ فبالطلاق قبل الدخول، وأما الواهُب فبالرجوع قبل التوارث، فأما حقُّ الشَّفِيع فثابتٌ حين التَّصرفِ.

---

(١) أخرجه مالك (٢٧٥٠) وأبو داود (٣٠٧٣) والترمذي (١٣٧٨) عن سعيد بن زيد رضي الله عنه.

فالجوابُ: أنه لا فرقَ بينهما، لأنَّ الرجوعَ فِي الهبة فِي يد الواهب أيَّ وقتٍ أراد كان له، كذلك الزوج الطلاق فِي يده أيَّ وقت أراد طلق، فالأمر إلىٰ اختيارهما، ولكنه بشرط الرجوع والطلاق، وهكذا الأمر إلىٰ اختيار الشفيع، ولكنه بشرط المطالبة والأخذ، فلا فرق بين المسألتين.

ولا يدخلُ علىٰ علتنا الأرضُ المرهونةُ إذا غرس فيها الراهن، ونقصتْ قيمتُها، ولم تَفِ بالحق، حيث قلنا بقلع الغرس وتباع بيضاء، لأنَّ الراهنَ لا يملكُ بيع الأرض المرهونة، فوقع الاحتراز بهذا اللفظ عنه.

ولأن هذه الأرض يملكُ رقبتَها ومنفعتَها، فإذا غرس فيها لم يُجبَر علىٰ القلع، أصله: ما ذكرنا، ولا يدخلُ عليه الرهن، لأنَّا قلنا: ومنفعتَها، وهذا يقتضي أن يملك جميع المنافع من الرهن، ولأن الشُّفْعَة إنما أُثبتت للشَّفِيع لإزالة الضَّرَر عنه، ولا يجوز أن يزال الضَّرَر عنه بضرر يُدْخِله علىٰ غيره.

وإذا أجبرنا المشْتَري علىٰ القلع من غير أرش كان فِي ذلك إضرارٌ به، ولأنَّ أبا حنيفةَ سلَّم لنا أنه إذا زرع فيه لا يُجبر علىٰ قلع الزرع قبل الإدراك، فنقول: كلُّ من لا يُجبر علىٰ قلْع الزرع لا يُجبر علىٰ قلْع الغرس، أصله: إذا غرس فِي ملكه الذي لا حقَّ لأحدٍ فيه.

فأما الجوابُ عن قياسِهم الأول، فمن وجوه:

أحدها: أنا لا نسلِّمُ أنَّه بناءٌ فِي حقِّ غيره، لأنه بناءٌ فِي حقِّ نفسه وإنما يصير حقًّا لغيره بالأخذ، ثم هذا يبطل بالزوجة إذا غرست فِي الأرض التي هي صداقها، وبالمتَّهِب إذا غرس فِي الأرض الموهوبة، ثم المعنىٰ فِي الأصل أنه بناء فِي غير ملكه، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنه بناءٌ فِي ملكه، أو لأنه يُجبر علىٰ قلْع الزرع فكذلك يجبر علىٰ قلْع الغرس، وفِي مسألتنا بخلافه.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على البيع، فهو أنَّ المعنىٰ فيه أنا إذا صححنا البيع، ولم نجعل له فسخه أبطلنا حقَّه الذي ثبت له بالبيع الأول، وربما كان له فِي ذلك غرض، وهو أن يكون الأول قد اشتراه أرخص فلما كان فِي ذلك إبطال لحقه ثَبَتَ له بالعقد الأول، أبطلنا التصرف.

وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنَّا إذا لم نقلع غراسه وبناءه لم نُبْطِلْ حقَّه الذي ثبت له بالعقد، فلهذا لم يُجبر المشْتَري علىٰ قلعها علىٰ الوجه الذي يستضِرُّ به.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن حقَّ الشَّفِيع ثبت أولًا، فهو أنَّا لا نسلِّمُ ذلك، لأن حقَّ الشَّفِيع يترتب علىٰ حقِّ المشْتَري فيثبت أولًا حقُّ المشْتَري ثم يطالبه الشَّفِيع ولا يطالب البائع.

وما ذكروه من أنَّ للشَّفِيع أخْذَه من البائع إذا قال للأجنبي «بعتكه بدرهم» فقال «لم تبعني».

فالجوابُ: أنه إنما كان كذلك، لأنَّ البائعَ يقر بأنه باعه من المشْتَري، والشَّفِيع يصدقه علىٰ ذلك، ولو لم يصدقه الشَّفِيع لم يكن له أن يأخذه بما ذكر أنه باعه به.

• فَصْلٌ •

قال المزني[1]: **هذا غلط، وكيف لا يكون متعديًا، وقد بنى فيما للشَّفِيع فيه شركٌ مشاعٌ**، وهذا الكلام فِي ظاهره اضطراب، لأن الشافعيَّ ذكر القِسْمة، وأثبت الشُّفْعَة مع حصولها، وإذا حصلت القِسْمة انتفت الشَّرِكة، والمُزنِي قال: قد بنىٰ فيما للشَّفِيع فيه شركٌ.

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: إنما قال المُزنِي ذلك، لأنه حكم بفساد القِسْمة، وإذا لم تصح القِسْمة فالشَّرِكة باقية، وقد بينا نحن وجه القِسْمة الصحيحة مع بقاء الشُّفْعَة، فبطل ما قاله المزني، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَلَوْ كَانَ الشِّقْصُ فِي النَّخْلِ فَزَادَتْ كَانَ لَهُ أَخْذُها زَائِدَةً)[1].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ شقصًا من أرضٍ، وفيه نخيل وأشجار استحق الشَّفِيعُ الشِّقْصَ بنخيله وأشجاره، ويكون استحقاقُ النخيل والأشجار بالشُّفْعَة علىٰ وجه البيع لاستحقاق الأرض بها؛ لأنها تبعٌ للأرض فِي البيع، ألا ترىٰ أنه يقول «بعتُك هذه الأرض» فيكون ذلك بيعًا لها ولما فيها من النخيل والأشجار، وإن لم يُسم النخيل والأشجار ولم يذكرها، فإذا تبعها فِي البيع، جاز أن يتبعها فِي الشُّفْعَة.

فإن قيل: ناقض الشافعيّ لأنه جَعَلَ النخيلَ والأشجارَ تبعًا للأرض فِي الشُّفْعَة، وجَعَلَ الأرضَ تبعًا للنخيل والأشجار فِي مسألة المساقاة، لأن عنده يجوز المساقاة علىٰ النخيل، ولا يجوز المزارعة علىٰ الأرض، وإذا كان بين النخيل بياضٌ يصلح للزرع جوز أن يزارع العاملُ علىٰ ذلك البياض الذي ساقاه علىٰ نخيله؛ **فالجوابُ عنه من وجهين**:

أحدهما: أنه ما جوَّز تلك المزارعةَ علىٰ وجه البيع للنخيل، وإنما جوَّزها لأجل المشقةِ التي حصلت[2] بإفراد النخيل عن الزرع فِي البياض الذي بينهما،

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

(٢) في (ف): «تحصل».

لأنه متىٰ سقَىٰ النخيل سَقَىٰ زرع الغير، لأن سقي أحدهما لا ينفك عن سقي الآخر، فجوز ذلك لأجل المشقَّة لا لأن الأرض تبع للنخيل.

والثاني: أن ذلك ليس بمناقضة، وإن كانت الأرضُ تبعًا للنخيل، لأنها تبعٌ لها فِي مسألة والنخيلُ تبعٌ للأرض فِي مسألة أخرىٰ، ومثل ذلك جائزٌ كما قسنا الكلبَ علىٰ الخنزير فِي مسألة دبغ جلده، وقسنا الخنزيرَ علىٰ الكلب فِي مسألة الولوغ، وإنما المناقضةُ أن نجعلهما تبعًا ومتبوعًا فِي مسألة واحدة.

إذا ثبت ما ذكرناه، فإن كان الشَّفِيعُ غائبًا فنمت النخيلُ وطالت كان له أخذُها بنمائها وزيادتها، لأن النماء إذا كان غير متميز تبع الأصل إذا كان لا يرجع إلىٰ عوض عند ترك الأصل؛ كما قلنا فِي الواهب أنه يسترجع النخيل الموهوبة بنمائها، والبائع يسترجعُها من المفلس بنمائها.

ولا يدخلُ علىٰ ما قلناه إذا أصدقها نخلًا فنمت فِي يدها، ثم طلقها الزوج، حيث قلنا: ليس له أن يسترجع النصف بنمائه، وجعلنا له الرجوعَ إلىٰ نصف القيمة؛ لأنَّا إذا أسقطنا حقَّه من عينها رجع إلىٰ عوض عنها - وهو نصف القيمة - وفِي مسألتنا إذا أسقطنا حقَّه من عينها لم يرجع إلىٰ عوض عنها، فجعلنا له استرجاعها بنمائها.

فأما إذا كانت قد أطلعتْ فِي يد المشْتَري، وبعد ما أُبِّرَتْ، فهل يسترجعُها الشَّفِيعُ بطلعها أم لا؟ فيه وجهان بناءً علىٰ القولين فِي المفلس إذا أطلعتِ النخيل فِي يده ولم تُؤَبَّرْ بعد، فإن قلنا للبائع استرجاعُها بطلعها؛ كان ذلك ههنا للشَّفِيع، وإن قلنا ليس له ذلك والطلعُ للمفلس، فكذلك الطلعُ ههنا للمشتري.

فأما إذا كانت قد أُبِّرَتْ فإن الثمرة للمشتري لا حقَّ للشَّفِيع فيها، وسواءٌ

كانت متصلةً بها لم يجدَّها بعدُ أو قد جدَّها[١]، لأنها إذا ظهرت فكأنها متميزة، والنماء إذا تميز فِي ملك المشْتَري كان له دون الشفيع، وأما إذا اشتراها وهي مطلعة لم تُؤَبَّرْ بعدُ، فإنَّها تتبع الأصلَ فِي البيع، فإن أخذها الشَّفِيع قبل الإبارِ أخذها بطلعها لأنها تتبع الأصلَ بإطلاق البيع، وإن أبَّرها ثم طلب الشَّفِيع وأخذ الشِّقْص، كانت الثمرة للمشتري دون البائعِ، لأنها لا تتبعُ الأصلَ فِي هذهِ الحالةِ بإطلاق البيع، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ لَا بَيَاضَ لَهَا؛ لِأَنَّهَا[٢] لَا تَحْتَمِلُ الْقِسْمة)[٣].

وهذا كما قال.. كلُّ ما لا يحتملُ القِسْمة فِي الشَّرْع فإنه لا تثبُتُ فيه الشُّفْعَة، وذلك مثل البئر الضيقة والحمام وغيرهما، وبه قال ربيعة، ومالك، ورُوِي عن عثمان بن عفان[٤].

وقال الثوري وأبو حنيفة تثبت فِي ذلك الشُّفْعَة، وذهب إليه أبو العباس ابن سريج.. **واحتج من نصرهم** بقول النبي ﷺ: «**الشُّفْعَة فيما لم يقسم**»[٥].

قالوا: وإنما الشُّفْعَةُ تثبت للشَّفِيع لإزالة الضَّرَر الذي يخافُه بدخول المشْتَري، وهذا المعنىٰ موجودٌ فِي هذه المسألة، بل هذا أولىٰ، لأن الشِّقْصَ إذا جاز تمييزه بالقِسْمةِ أمكن صاحبه التخلص من المشاركة، (وأما إذا)[٦]

---

(١) في (ص): وجدها.

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

(٤) أخرجه مالك (٢/ ٧١٧) وابن أبي شيبة (٢٢٠٧١).

(٥) أخرجه البخاري (٢٢١٣) واللفظ له، ومسلم (١٦٠٨) من حديث جابر رضي الله عنه، بنحوه.

(٦) في (ص، ف): «وإنما»، وهو غلط.

لـم يجـز تمييـزه بالقِسْـمةِ كـان صـاحبه متأبـدَ الضـرر، وهـذا اسـتدلال أبـي العباس.

ودليلُنا قولُـه ﷺ: «**إنمـا الشُّـفْعَة فيمـا لـم يقسـم**» وقولـه: «**فيمـا لـم يقسـم**» يقتضي أن يكون ذلـك ممـا يحتمـل القِسْـمة، لأنـه لـم ينـفِ القِسْـمة مجملـة، وإنما نفىٰ أنه لم يقسم فيما مضىٰ.

ولو كان أراد نفي القِسْـمة جملـة لقـال «الشُّـفْعَة فيمـا لـم يقسـم» والـذي يؤكد هذا وأن المراد به ما يقسم ولكنه لم يقسم بعـد، أنـه قـال: «**فـإذا وقعـت الحدود، فلا شفعة**» وهذا بيان لمـا اشـتمل عليـه اللفـظ الأول، فـدل علـىٰ أنـه أراد ما يقع فيه الحدود ويجوز قسمته فِي الشَّرْع دون ما لا يجوز.

فإذا تقرر هذا، وأن اللفظ لم يتناول إلا ما يجوزُ قسمتُه فقد أثبت جنسَ الشُّفْعَة فِي ذلك الموضع، فدل علىٰ أنه لا تثبُتُ فِي غيره.

ويدل عليه مـا رُوِي عـن عثمـان أنـه قـال: «**لا شـفعة فِي بئـر ولا فحـل**»(١) وأراد البئر الضيقة التي لا يمكن قسمتها، وأراد بالفحل: فحل النخل، يعني: أن فحل النخل إذا بيع منفردًا لا تثبُتُ فيه الشُّفْعَة، ولا يعرف له مخالف.

وقولُ عثمان مقدَّم علىٰ القياس علىٰ مذهب أبي حنيفة، ولهذا قدم قولـه فِي توريث المبتوتة علىٰ القياس الواضح.

ومـن جهـة المعنـىٰ: أن كـلَّ مـن لـيس لـه المطالبـة بالقِسْـمةِ لـم يكـن لـه المطالبة بالشُّفْعَة، أصله: الجار المحاذي.

ولأنَّ الشُّفْعَة إنما أثبتت للشَّفِيع، لإزالة الضَّرَر عنه ولا يـزال الضَّـرَر عنـه

---

(١) أخرجه البيهقي (١١٩٠٩) عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: «إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها، ولا شفعة في بئر ولا فحل نخل».

بضرر علىٰ غيره، وفِي إثبات الشُّفْعَة له فِي هذا الموضع ضررٌ علىٰ شريكه، لأنه يتقاعد به فلا يشتريه هو، ولا يرغبُ أحدٌ فِي شرائه، لأنه يعلم أنه إذا اشتراه أخذه الشَّرِيك بالشُّفْعَة، ولا يمكنه تمييزه، لأن قسمته لا تجوز وإذا كان إثباتُ الشُّفْعَة يؤدي إلىٰ إدخال الضَّرَر علىٰ شريكه حسبما بيناه، وجب أن لا تثبُتَ له الشُّفْعَة.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أنَّا قد جعلناه دليلًا لنا.

وأما الجوابُ أن الشُّفْعَة لإزالة الضرر، والضَّرَر ههنا موجودٌ، فهو أنَّ الضَّرَر الذي نعتبره إنما هو مؤونة المقاسمة، وهذا المعنىٰ غير موجود ههنا علىٰ أن فِي إثباتِ الشُّفْعَة ضررًا علىٰ صاحب الشِّقْص فِي ذلك والضَّرَر لا يزال بالضرر.

وما ذكر أبو العباس؛ فالجوابُ عنه ما ذكرنا.

• فَصْلٌ •

إذا ثبت أن الشُّفْعَة لا تثبُتُ فيما لا يحتمل القِسْمة، فإنه يُنْظَرُ، فإن كان ذلك فِي البئر وكان مع البئر بياض كالقطن يمكن أن يجعل البياض فِي سهم، والبئر فِي سهم آخر ثبتتْ فيهما الشُّفْعَة، لأنها تحتمل القِسْمة، وإن كانت البئر واسعة يمكن قسمتها، وإذا قسمت جعل لكلِّ واحدٍ منهما قدر بئر لطيفة، ثبتت فيها الشُّفْعَة، وأما إذا كانت ضيقة إذا قُسِمت لم يخرج فِي قَسْمِ كلِّ واحدٍ بئر، لم تثبت فيها الشُّفْعَة.

وأما الحمامُ فإن كان بيوته واسعةً بحيث يمكن أن يُجعل من كل بيتٍ بيتان ثَبَتَتْ فيه الشُّفْعَة، وإن كانت بيوته ضيقة لا تحتمل ذلك لم تثبت فيه الشُّفْعَة.

وكذلك العضائدُ التي تكون فِي الأسواق إذا كانت ضيقةً لا تحتمل القِسْمة، فإنَّ الشُّفْعَة لا تثبُتُ فيها.

وأما الرَّحا فإن أمكن قسمتها بأن يجعل الحجران فِي نصيب والحصن الذي لها فِي نصيب آخر ثبتتْ الشُّفْعَة فيها، وإن لم يكن لها حصن، ولم يُقسم إلا بأن يُجعل فِي نصيب أحدِهما أحد الحجرين والآخر فِي نصيب الآخر لم تثبت فيها الشُّفْعَة، لأن تلك القِسْمة لا تجوز فِي الشَّرْع إذ كان أحد الحجرين إذا انفرد لم ينتفع به، وإذا لم يحتمل القِسْمة فِي الشَّرْع لم تثبت فيه الشُّفْعَة، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَأَمَّا الطَّرِيقُ الَّتِي لَا تُمْلَكُ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا، وَلَا بِهَا[١])[٢].

وهذا كما قال.. إذا باع دارًا لا حصة فيها لشريك، وكانت الدار فِي شارعٍ أو زقاق نافذ؛ لم تثبت الشُّفْعَة فِي الطريق، لأنه لا يملك شيئًا منها، وإنما له حقُّ الاستطراق، وما لا يملِكُه البائع ولا ينتقل إلىٰ المشْتَري بالعقد فلا شفعة فيه[٣].

وكذلك لا شفعة فِي الدار، لأنه لا حصة فيها لغير البائع، ولا تثبُتُ فيها

---

(١) وقوله «ولا بها» قصد به الرد علىٰ أبي حنيفة حيث قال: تثبت الشفعة بالطريق إذا كانت غير نافذة، وعندنا لا تثبت به الشفعة في الدار المقسومة بحال وإن كان الطريق مملوكًا، فكيف إذا كان غير مملوك.. بحر المذهب (٧/ ٤٢).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

(٣) الممر الشائع الذي لا اختصاص فيه لا حكم للاشتراك فيه في اقتضاء الشفعة؛ فإن الشارع غير مملوك؛ فلا يتصور ورود عقد عليه.. نهاية المطلب (٧/ ٣٨١).

بالطريق، لأنها غير مملوكة للبائع، وما كان غير مملوك فلا تثبُتُ فيه الشُّفْعَة، ولا فِي غيره الذي يملك به.

فأما إذا كان الزقاق غيرَ نافذ، فإنَّ الطريقَ مملوكٌ لأهل الدرب وهو مشترك بينهم، فالبائع قد باع داره وحصته من الطريق فهل تثبت الشُّفْعَة فِي حصته من الطريق أم لا؟

يُنْظَرُ، فإن كان لتلك الدار بابٌ إلىٰ درب مفتوح، ولكن لها موضعٌ يمكن فتحُه إليه منها إلىٰ شارع أو زقاق نافذ ثبتت الشُّفْعَة فِي الطريق لأهل الدرب وكان لهم أخْذُ حصته بالشُّفْعَة، فإذا أخذها بطل حقُّ استطراقه فِي ذلك الدرب إلىٰ داره وكان له أن[1] يفتح بابًا إلىٰ الشارع والزقاق النافذ.

وإن لم يكن له رسم به، لأن أحدًا لا يمنع من فتح باب إلىٰ شارع أو درب نافذ، فإذا كان كذلك أمكنه الاستطراقُ إليها من موضع آخر، فجاز أخْذُ حصته بالشُّفْعَة من هذا الطريق وإبطالُ حقِّ استطراقه فيه.

فأما إذا لم يكن للمشتري طريقٌ إلىٰ تلك الدار غيره، لأن ظهر داره إلىٰ زقاق غير نافذ ولم يكن له رسْمُ الاستطراق إلىٰ داره منه لم يكن له ولا لأهل ذلك الزقاق أن يمنعوه، لأن الطريق ملكٌ لهم، فهل تثبت الشُّفْعَة فِي الطريق أم لا؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا تثبُتُ فيه الشُّفْعَة، لأن الضَّرَر لا يزال عن الشَّفِيع بضرر علىٰ المشْتَري، وفِي إثبات الشُّفْعَة له فِي هذا الموضع ضررٌ علىٰ المشْتَري، لأنه يبطل حق استطراقه إلىٰ الدار بأخذ الطريق بالشُّفْعَة، وليس له طريقٌ إليها من غير هذا الموضع فتبقىٰ داره بلا طريق.

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

والثاني: أنَّ الشُّفْعَة تثبُتُ فيه [وأن داره تبقىٰ بلا طريقٍ يسلكه إليه؛ لأنها لما علم أن الطريق مشتركٌ وأن الشُّفْعَة تثبت فيه](١) دون الدار، لأنه طريقٌ واسعٌ يَحتمل القِسْمة، ودخل فِي العقد مع معرفته بذلك، فقد رضي بذلك الضَّرَر وحَصَلَ التفريطُ من جهته، فيؤخذ الطريق بالشُّفْعَة، وتحصلُ له الدار بلا طريق.

والثالث: أنه يأخذون الطريق بشرط أن يكون له حقُّ الاستطراق إلىٰ الدار، ويكون الملكُ لهم، لأنه لا يمكن إبطال الشُّفْعَة، لأنَّ شرطَها ومعاني ثبوتها قد وُجِدت ولا يمكن أن يُجعل لهم منعهُ من الاستطراق، لأنَّ فيه ضررًا عليه، فجعل لهم الملك وله الاستطراق حتىٰ يزول الضَّرَر عن الفريقين، والصحيحُ الوجه الأول.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلِوَلِيِّ الْيَتِيمِ وَأَبِي الصَّبِيِّ أَنْ يَأْخُذَا بِالشُّفْعَة لِمَنْ يَلِيَانِ إِذَا كَانَتْ غِبْطَةً فَإِنْ لَمْ يَفْعَلَا فَإِذَا وَلِيَا مَالَهُمَا أَخَذَاهَا)(٢).

وهذا كما قال إذا بيع شِقْصٌ من دار وللمولىٰ عليه(٣) - بصغر أو جنون أو حَجْر - شركةٌ فيها ثبَتتْ الشُّفْعَة فيه للمولىٰ عليه، وكان للولي إما الأب أو الجد أو غيرهما أخْذُه بالشُّفْعَة. هذا مذهبُنا، وبه قال أبو حنيفة.

وقال ابن أبي ليلىٰ: لا شفعة فيه، وقال الأوزاعي: تثبت فيه الشُّفْعَة، وليس للولي أن يأخذه ويَتأخر ذلك حتىٰ تزول الولاية عن المولىٰ عليه، ثم

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

(٣) في (ص): عنه.

يأخذه بنفسه.

فأما ابن أبي ليلى، فقد احتج بأن المولىٰ عليه لا يصِحُّ أخذُه الشِّقْص بالشُّفْعَة، لأنه ليس له المطالبة، ولا يجوز أن يُقالَ إنه يتأخر حتىٰ تزول عنه الولاية، لأنَّ علىٰ المشْتَري ضررًا فِي ذلك لتعوق الشِّقْص عليه إلىٰ ذلك الوقت، ولا يجوز أن يُقال إن للولي[1] أخذه لأنه لا يملك العفو عنه، ومن لا يملك العفو عن الشِّقْص، لا يملك أخذه بالشُّفْعَة، فإذا بطلت هذه الوجوهُ، لم يبقَ إلا أن الشُّفْعَة لا تثبت.

ودليلُنا قولُه ﷺ: «**الشُّفْعَة فيما لم يقسم**»[2] ولم يفرِّق، ولأنه خيارٌ ثابتٌ جُعل لإزالة الضَّرَر عن المال، فجاز أن يثبت للولي فِي حق الصبي، الدليلُ عليه خيارُ الرد بالعيب، فإنه يثبت للولي فِي مالِ الصبي.

فأما الجوابُ عما ذكره، فهو أن نقول: قولُكم أنه لا يمكن تأخيره حتىٰ تزول الولاية عنه، لأنَّ فيه ضررًا علىٰ المشْتَري، يبطل به إذا كان الشَّفِيع غائبًا فإن الشُّفْعَة تثبت، ويتأخر الأخذُ إلىٰ حين رجوعه، وإن كان فِي ذلك ضررٌ علىٰ المشْتَري.

وقولكم أنه لا يصِحُّ عفوه عن الشُّفْعَة فلم يكن له أخذُها؛ غيرُ مسلَّمٍ، لأنَّ عندنا يصح عفوه فِي الموضع الذي مثلُه يصحُّ أخْذُه وهو إذا كان فِي عفوِه حظ وغبطة.

وأما الأوزاعي، فقد احتج بشيء واحد، وهو أنه قال خيار القصاص إذا ثبت للمولىٰ عليه، لم يكن للولي استيفاؤه، فكذلك خيار الشُّفْعَة.

---

(١) في (ص): المولىٰ.

(٢) أخرجه البخاري (٢٢١٣) واللفظ له، ومسلم (١٦٠٨) من حديث جابر رضي الله عنه، بنحوه.

ودليلُنا ما ذكرنا مِن القياسِ علىٰ الردِّ بالعيب.

والفرقُ بين الشُّفْعَة وبين القصاص أن القصاص للتشفِّي ودرك الغيظ، وذلك لا تقع فيه النيابة، فَأُخرَ حتىٰ يبلغ، وتزول عنه الولاية، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأن القصد بأخذ الشُّفْعَة إصلاح المال واستجلاب الفضل فيه، وذلك مما تَصِحُّ فيه النيابة ولأجله نُصِب الولي، فكان له أخذُه كما قلنا فِي التصرف فِي البيع والشراء وأنواع التجارة، وفِي الرد بالعيب وغير ذلك، فلهذا جاز أن تثبت للولي.

إذا ثبت ما ذكرناه، فإنما يجوز للولي الأخذ إذا كان للمولىٰ عليه فِي ذلك حظٌّ وغبطةٌ مثل أن يكون ذلك الشِّقْص بيع بأقَلَّ من ثمن مثله أو بثمنِ مثلهِ وبأخذه تزيدُ قيمة دار المولىٰ عليه، وله مال لا يحتاج إليه لنفقته ومؤنته، كان الحظُّ فِي ذلك أن يأخذه.

فإذا أخذه ثبت الملك للمولىٰ عليه، ويثبت للولي التصرفُ فيه كما إذا اشترىٰ للمولىٰ عليه دارًا ثبت ملكها، وكان له التصرفُ فيها، وإذا زالت الولاية عنه لم يكن له أن يرد ذلك، لأن كلَّ تصرفٍ من الولي إذا كان علىٰ وجه الحظِّ للصبي، لزم ذلك فِي حقِّه وليس له ردُّه إذا بلغ وزالت عنه الولاية كما لو اشترىٰ له أو باع عليه وكان الحظ له فِي ذلك، فإنه يلزمه، ولا يملك ردَّه إذا زالت عنه الولايةُ، فكذلك أيضًا ههنا.

هذا إذا كان له الحظُّ فِي الأخذ فأخذ، فأما إذا عفا عن الشُّفْعَة والحظ فِي أخذها، لم يصح عفوُه، وإذا زالت الولاية عن المولىٰ عليه كان له أخذُها[1]، وقال أبو حنيفة: يصح عفوه وليس للمولىٰ عليه أخذه بعد ذلك.

(١) في (ص): أخذه.

واحتج من نصره بثلاثة أشياء:

أحدها: أن كل من كان له أَخْذُ الشُّفْعَة كان له العفو عنها كالمالك، ولأنه نائبٌ عن المولىٰ عليه وقائم مقامه ولو زالت الولاية عنه كان له العفو والأخذ وإن كان الحظ فِي خلاف ذلك.

فكذلك ههنا ولأنَّا أجمعنا علىٰ أنه إذا أخذ الشِّقْص بالثَّمَنِ وأراد أن يبيعه بمثل ذلك الثَّمن فِي المقدار والصفة كان له ذلك، فكان له أن يبقي الثَّمن بحاله فِي ملكه إذْ[١] لا فائدة فِي أن يأخذه ثم يبيعه بمثل ما أخذه به[٢].

ودليلُنا أنه إسقاطُ حقٍّ ثابتٍ للمولىٰ عليه، ليس له فيه حظٌّ ولا غبطةٌ، فوجب أن لا يصِحَّ، أصله: الإبراء عن حقوقه وأمواله، ولأنه خيار ثابت لإزالة الضَّرَر عن المال، فإذا لم يكن الحظ فِي إسقاطه لم يصح إسقاطه كخيار الرد بالعيب، لأنه إذا كان له الحظ فِي الرد لم يكن له إسقاطُ ذلك برضائه بالعيب فكذلك ههنا.

فأما الجوابُ عما ذكروه فهو أن نقول: إنما كان للولي أخذُه إذا كان الحظُّ فِي الأخذ، وكذلك العفو إذا كان له الحظ فِي العفو، ثم هذا يبطل بالوكيل، لأن له الأخذ وليس له العفو، ثم المعنىٰ فِي المالك أن تصرُّفَه ليس[٣] بمبنيٍّ علىٰ الاحتياطِ والحظِّ والغبطةِ، والذي يدل عليه أنه يهب ماله، ويعتق عبده، ويبيع ما يساوي ألفًا بمائة، وتصرفُ الولي مبنيٌّ علىٰ الاحتياط، لأنه لا يملك أن يعتق عبده، ولا أن يهب ماله، ولا أن يبيعه بأقل من ثمن مثله.

---

(١) زيادة من عندنا.

(٢) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

وكذلك الجوابُ عن دليلهم الثاني.

وأما دليلهم الثالث، فالجوابُ عنه أنه إذا كان الحظُّ فِي أخذه بذلك الثَّمن لم يجز له أن يبيعه بعد ذلك بمثله فِي القدر والصفة، لأنه لا حظَّ له فِي بيعه فلا نسلِّم لهم ذلك.

هذا كلُّه إذا كان حظُّ المولىٰ عليه فِي الأخذ فأخذ الولي أو عفا، فأما إذا كان الحظُّ فِي العفو مثل أن تكون الحصةُ بيعتْ بأكثر من ثمن مثلها أو بثمن مثلها، وليس للصبي مالٌ معه ويحتاج الولي أن يرهنَ ويستقرض ونحو ذلك، نُظِرَ فإن أخذ لم يصح الأخذ، ولم يملك الصبيُّ الشِّقْص ولم يثْبُتْ له التصرف فيه، لأن تصرفه له إنما يصح إذا كان له الحظُّ فِي ذلك، ولا حظَّ له فِي هذا، فهو كما لو اشترىٰ له شيئًا بأكثر من ثمن مثله.

إذا ثبت هذا، فإن الشِّقْص يكون باقيًا علىٰ ملك المشْتَري.

فإن قيل: فهلا قلتم إن ذلك يلزم الولي فِي حقِّه إذا لم يصحَّ فِي حقِّ الصبيِّ كما إذا اشترىٰ شيئًا بأكثر من ثمن مثله لم يصح فِي حق الصبي، ولزمه فِي حقه.

قيل: لأن الشِّقْص إنما يؤخذ بالشُّفْعَة لأجل الشَّرِكة، والشَّرِكة للصبي دونه، وليس كذلك الشراء، لأنه إنما يصحُّ الشراءُ للصبيِّ إذا اختار ذلك له، فذكر أنه يشتريه له أو نواه، فأما إن أطلق فإن الشراء يكون له، ألا ترىٰ أنه إذا أراد أن يشتري شيئًا للصبي كان له أن يشتريه لنفسه ويدع الصبي، وإذا أراد أخذ الشِّقْص بالشُّفْعَة للصبي لم يكن بالخيار بين أن يأخذه للصبي وبين أن يأخذه لنفسه، وإذا أخذه لنفسه لم يصح أخذه.

وهذا كما لو كان وكيلًا فِي النكاح فإن الولي يحتاج أن يقول «زَوَّجْتُ

فلانًا مُوَكِّلَكَ» ولا يجوز أن يطلق ذلك، وإذا ذكر الموكِّل، فإن الوكيل يقبل النكاح لموكله، وإذا قبله لنفسه، لا يصح، لأنه إذا أوجب الوليُّ النكاحَ علىٰ ما ذكرنا لم يكن الوكيل فيه بالخيار بين أن يقبل لموكِّله وبين أن يقبل لنفسه، فإذا قبله لموكِّله علىٰ غير ما أذن له فيه، لم يلزم الموكِّل، ولم يلزم الوكيل، فكذلك فِي مسألتنا الشُّفْعَة إذا أخذها الولي، ولا حظَّ للصبي فِي الأخذ، لم تصح فِي حقه، ولم تلزم الولي، وأما إذا عفا عنه، صح عفوه، لأن الحظَّ له فِي ذلك.

وإذا بلغ الصبيُّ لم يكن له الأخذ كما إذا كان له الحظ فِي الأخذ فأخذ لم يكن له ردُّه إذا بلغ، وهذا هو الأصحُّ من المذهب، وقال أبو إسحاق: زعم بعضُ أصحابنا: أنه لا يصِحُّ عفوه، لأنه إذا لم يكن له الحظُّ فِي الأخذ، فإنه لا يأخذُ ويدعُ الشِّقْص بحاله ولا فائدة لعفوه عنه، ثم إذا بلغ الصبيُّ كان فِي العفو والأخذ بالخيار.. وهذا غلطٌ، لأن الولي يتصرف علىٰ وجه الاحتياط والحظ، وإذا كان الحظ فِي العفو فعفا، صح كما لو كان فِي الأخذ فأخذ، وقولُ هذا القائل أنه لا فائدة فِي العفو عنه، لا يصح، لأنه إنما جعل[(١)] له العفو لما فيه من الفائدة، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ اشْتَرَى شِقْصًا عَلَى أَنَّهُمَا جَمِيعًا بِالْخِيَارِ، فَلَا شُفْعَةَ حَتَّى يُسَلِّمَ الْبَائِعُ، وَإِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي دُونَ الْبَائِعِ، فَقَدْ خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ وَفِيهِ الشُّفْعَة)[(٢)].

(١) فِي (ص): يجعل.
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

وهذا كما قال.. إذا باع الشِّقْص بخيار ثلاثة أيام، نُظر فإن كان الخيار للبائع وحده، أو كان الخيار له وللمشتري معًا لم يكن للشَّفِيع أخْذُ الشِّقْص بالشُّفْعَة حتىٰ ينقطع الخيار سواء قلنا إنَّ الملكَ ينتقلُ بالعقد أو يكون مراعىٰ ولا ينتقلُ إلا بالعقد وانقطاع الخيار، لأنَّ البائعَ شرطَ الخيار لنفسه حتىٰ ينظر أي الأمرين أحظ له من إمضاءِ البيعِ أو فسخه.

فإذا جُعِل للشَّفِيع أخذه بالشُّفْعَة، أبطلنا علىٰ البائع ذلك الغرضَ الذي يقيده بشرط الخيار، فأما إذا جُعِل الخيار للمشتري دون البائع.

فإن قلنا لا ينتقلُ الملكُ إلا إذا انقطع الخيار لم يكن له أخذه، لأنه إنما يأخذه من المشْتَري بعد أن ملكه، ولا يصِحُّ أن يستحق عليه ما لم يملكه بعد.

وإن قلنا هو مراعىٰ، فليس له أخذُه أيضًا، لأنه ما انكشف بعد أنه ملك له، لأنه إن فسخ علمنا أنه ما كان ملكه، وإن لم يفسخه علمنا أنه كان ملكه، فلم يكن له الأخْذُ قبل الانكشاف.

وإن قلنا إنه ينتقلُ بنفس العقد، فالذي نقل المُزنِي أن للشَّفِيع أخذه، ونقل الربيعُ أنه ليس له أخذه، فالمسألة علىٰ قولين، قال أبو إسحاق: والصحيح ما نقله الربيع [1].

فإذا قلنا: له أخذه، فوجهُهُ شيئان:

أحدهما: أن البيع إذا استقر للمشتري بانقطاع الخيار كان للشَّفِيع أخذ الشِّقْص منه، فأولىٰ أن يكون له أخذُه قبل أن يستقر له، ولأنه خيارٌ ثابتٌ للمشتري، فوجب أن لا يمنع من أخذ الشِّقْص بالشُّفْعَة، أصله: إذا أصاب به عيبًا، فإن للشَّفِيع أن يأخذه، وليس للمشتري ردُّه بالعيب.

---

(١) حكاه الروياني في بحر المذهب (٧/ ٤٧) وقال: وهو اختيار القفال، وبه قال مالك وأحمد.

ووجه ما نقله الربيع شيئان:

أحدهما: أنه خيارٌ مشروطٌ لأحد المتبايعين، فوجب أن يمنعَ الشَّفِيع عن الأخذِ، أصله: إذا كان الخيارُ مشروطًا للبائع، ولأن المشْتَري إنما شرط هذا الخيار، لينظر أي الأمرين أحظ له من البقاء عليه أو الفسخ، لأن عهدة الشَّفِيع تلزم المشْتَري فيحتاج أن ينظر فِي ذلك.

وهل يقتضي الحال أن يلزم عهدة الشَّفِيع أم لا؟ وإذا كان الخيارُ قد قُصِد به هذا الغرض فإذا جعلنا للشَّفِيع أخذه أبطلنا عليه ذلك الغرض وألزمناه عهدة الشفيع، وذلك لا يجوز.

فأما الذي ذكروه، فيبطل به إذا كان الخيارُ للبائع، فإنَّ البيعَ إذا استقر للمشتري بانقطاعه أخذ الشَّفِيع الشِّقْص وقبل أن يستقر بانقطاعه، فليس للشَّفِيع أن يأخذ الشِّقْص.

وأما دليلُهم الثاني، فالجوابُ عنه: أن القصد بخيار الرد بالعيب استدراك الظُّلامة، فإذا أخذه الشَّفِيع مع العيب فإنما يأخذه بالثَّمَنِ المعلوم الذي أخذه به المشْتَري - وهو معيبٌ - فقد حصل له الغرضُ، وقد استدرك الظُّلامة بأخذ الشَّفِيع الشِّقْص[١] معيبًا، وليس كذلك فِي مسألتنا، لأنَّ الخيار إنما ثبت لينظر أي الأمرين أحظ له علىٰ ما بيناه، فإذا جعلنا له الأخذ أبطلنا عليه ذلك الغرض[٢].

---

(١) ليس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) وهذا كتعليل أبي إسحاق.. فقد نقل في بحر المذهب (٧/ ٤٧): عنه أنه قال: ويخالف هذا الرد بالعيب؛ لأن غرض المشتري من الرد استدراك الظلامة، ألا ترىٰ أنه لو ارتفع العيب بطل الرد فإذا أعطاه الشفيع ما وزن من الثمن فقد زالت الظلامة عنه، فلا غرض له في رده، فيصير كأن العيب قد ارتفع .

• فَصْلٌ •

إذا كانت دار بين اثنين فباع أحدهما نصيبه منها بشرط خيار ثلاثة أيام، ولم يعلم الشَّفِيع بذلك - وهو الشَّرِيك الآخر - ثم باع الشَّفِيع حصته أيضًا بلا خيار وعَلِمَ بعد ذلك ببيع الشَّرِيك الأولِ، فإن البائعَ الثاني لا شفعةَ له ولا للمشتري منه، فأما البائع الأول، فهل تثبت له الشُّفْعَة فيما باعه الثاني أم لا؟ إن قلنا إن الملك لا ينتقل بنفس العقد وإنما ينتقل بالعقد وانقطاع الخيار، كانت الشُّفْعَة ثابتةً للبائع الأول، لأن مدة الخيار لم تنتقض بعد، وإن قلنا إن الملك ينتقل بنفس العقد، كانت الشُّفْعَة ثابتةً للمشتري، وإن قلنا إنه مراعىً، فإن فسخاه بنينا أنَّ الشُّفْعَة كانت للبائع الأول، وإن أمضياه بنينا أنها كانت للمشتري منه، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ مَعَ الشُّفْعَة عَوَضٌ بثَمَنٍ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ الشُّفْعَة بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ)(١).

وهذا كما قال.. إذا باع شقصًا من دار وسيفًا أو غيره من العروض صفقةً واحدةً ثبتتِ الشُّفْعَة للشَّفِيع فِي الشِّقْص دون العرض الذي بيع معه، فيأخذه بحصته من الثمن، ويدع العرض علىٰ ملك المشْتَري.

وقال مالك: يأخذهما معًا بجميع الثَّمن أو يدعهما، لأنه إذا أخذ الشِّقْص دون العرض كان فِي ذلك تبعيضٌ للصفقة عليه، لأنه اشتراهما صفقةً واحدةً، وفِي التبعيض ضرر، فلم يَجُزْ، لأن الضَّرَر لا يزال بالضَّرَر،

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٩).

كما لو ثبتت له الشُّفْعَة فِي الشِّقْص وحده، فَأَرَاد أن يأخذ بعضه.

ودليلُنا ما روىٰ جابر ﷺ عن النبي ﷺ أنه قضىٰ بالشُّفْعَة فِي كل شرك لم يقسم ربعه[1]، فدل علىٰ أن ثبوت الشُّفْعَة فيما كان ربعًا دون غيره، ولأنهما عينان[2] كلُّ واحدٍ منهما ليس بتابع غيرَه، وإذا أُفرد أحدُهما ثبتت الشُّفْعَة فيه، وإذا أُفرد الآخر لم تثبت فيه الشُّفْعَة، فإذا اجتمعَا ولم يكن أحدُهما تبعًا للآخر، لم يُحمل أحدُهما علىٰ الآخر لتساويهما ووجب أن يُحمل كلُّ واحدٍ منهما علىٰ ما يُحمل عليه فِي حال الانفراد، ولا يدخلُ عليه الحائط والغراس حيث قلنا تثبت الشُّفْعَة فيهما إذا بيعت الأرض، لأنها تبعٌ لها، ولهذا تدخل فِي بيع الأرض بالإطلاق، وأما فِي مسألتنا فكلُّ واحدٍ منهما ليس بتبع للآخر.

فأما الجوابُ عن قولِهم إن عليه ضررًا فِي ذلك، لأن الصفقة تتبعض عليه فهو أنه رضي بهذا الضرر، لأنه دخل فِي عقد قد اشتمل علىٰ شيئين أحدهما تثبت فيه الشُّفْعَة والآخر لا تثبُتُ فيه الشُّفْعَة، وعَلِمَ أنَّ الذي لا تثبُتُ فيه الشُّفْعَة لا يلزم الشَّفِيع أخذه، وإذا دخل علىٰ الرضا بذلك جاز تبعيضُ الصفقة عليه.

فرع

إذا باع رجلٌ شقصين من دارين متميزتين ثبتت الشُّفْعَة فيهما معًا، ويُنظر فإن كان الشَّفِيع فِي أحدهما غير الشَّفِيع فِي الآخر؛ كان لكلِّ واحدٍ أن يأخذه وأن يعفو.

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٠٨).

(٢) بياض في (ص) والمثبت من (ف).

فإن أخذا فذاك، وإن عفوا[١] استقر الشِّقْصان للمشتري، وإن عفا أحدُهما صح عفوُه عن حقِّه، ولا يلزم الآخر أن يأخذ ما عفا عنه صاحبه؛ لأنه أخذ جميع ما له فيه شركة، ولا يلزمه أن يأخذ ما لا شركة له فيه، وإن كان الشفيع فيهما واحدًا فإن أخذهما معًا كان له ذلك، وإن عفا عنهما كان له ذلك.

وإن أراد أن يأخذ أحدهما ويعفو عن الآخر ففيه وجهان:

أحدهما: له ذلك كما قلنا إذا كان الشَّفِيعُ فِي أحدهما غير الشَّفِيع فِي الآخر، وحكي عن الشافعي.

والثاني: أنه ليس له ذلك، لأنه يأخذ بعض مَا لَهُ فيه شركة، فهو كما لو ثبَتت الشُّفْعَة فِي شقص، وأراد أن يأخذ بعضه فليس له ذلك، فإما أن يأخذ الكلَّ أو يدع الكلَّ، لأنه يأخذ بعض مَا له فيه شركة، فكذلك هذا.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَعُهْدَةُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ، وَعُهْدَةُ الشَّفِيع عَلَى الْمُشْتَرِي)[٢].

وهذا كما قال.. العهدةُ فِي الشِّقْص تثبت للمشتري علىٰ البائع، وللشَّفِيع علىٰ المشْتَري، فإن كان المشْتَري أخذ الشِّقْص كان للشَّفِيع أخذه منه، لأن الشُّفْعَة مستحقة عليه.

وإن كان بعدُ فِي يد البائع كُلِّف المشْتَري أن يتسلَّمه حتىٰ يأخذه الشَّفِيع بالشُّفْعَة، وليس للشَّفِيع أن يأخذه من البائع، لأنه لا يستحقه عليه، وإنما يستحقه علىٰ المشْتَري، وإن حكم الحاكم علىٰ البائع بتسليمه إلىٰ الشَّفِيع

---

(١) بياض في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

دون المشْتَري وتسلمه كان له ذلك كما لو أخذه المشْتَري وأخذه الشَّفِيع منه، فإذا خرج الشِّقْص مستحقًّا رجع الشَّفِيع علىٰ المشْتَري ورجع المشْتَري علىٰ البائع.

وقال ابن أبي ليلىٰ: عهدةُ الشَّفِيع علىٰ البائع دون المشْتَري، لأنَّ الصفقة وجبت له فهو كالمشْتَري إذا وجبت له الصفقة فإن عهدته علىٰ البائع، وهذا قول عثمان البَتِّي[1].

وقال أبو حنيفة: إن تسلمه المشْتَري قبضه الشَّفِيع منه وكانت العهدة عليه، وإن كان فِي يد البائع تسلَّمه الشَّفِيع منه، وإذا تسلَّمه كان فسخًا للبيع فِي حقِّ المشْتَري، لأن المبيع قد تعذَّر تسليمُه إلىٰ المشْتَري بأخذ الشَّفِيع إياه فهو كما لو تلف، ولو تلف انفسخ البيعُ وثبتتِ العهدة للشَّفِيع علىٰ البائع.

ودليلُنا أنَّ حقَّ الشُّفْعَة يُستحق بتمام الملك فكان ذلك مستحقًّا علىٰ المشْتَري دون البائع، أصله: عتق المبيع، وذلك مثل أن يشتري الرجلُ أباه أو[2] ابنه، فإنه يعتق عليه، ويكون ذلك مستحقًّا علىٰ المشْتَري دون البائع، فكذلك هذا، ولأن المشْتَري ملك الشِّقْص، والشَّفِيع يأخذه ويملكه من جهته بعوض يبذله له، فكانت عهدتُه عليه كالمشْتَري مع البائع، لأنه يملك من البائع بالعِوَض، فكانت عهدة الشِّقْص عليه، فكذلك هذا.

فأما الجوابُ عن قولِهم إن الصفقة وجبت للشَّفِيع، فهو أنها وجبت أولًا للمشتري، ثم وجبت للشَّفِيع من عند المشْتَري وملكه عنه بعوض بذله له، فهو مع المشْتَري كالمشْتَري مع البائع.

---

(١) فقيه البصرة، عثمان بن مسلم، أبو عمرو، كان صاحب رأي وفقه.

(٢) في (ص): «و».

والذي ذكره أبو حنيفة، فالجوابُ عنه: أنا لا نسلِّم أن الشُّفْعَة تثبت علىٰ البائع للشَّفِيع، وأن له أخذه من يده، لأن عندنا أن الشُّفْعَة تستحق علىٰ المشْتَري، فإن كان المبيعُ فِي يد البائع تسلَّمه المشْتَري، ثم أخذه الشَّفِيع، ولو حكم الحاكمُ بتسليمه إلىٰ الشَّفِيع قبل تسليمه إلىٰ المشْتَري كان ذلك كما لو قبضه المشْتَري ثم قبضه الشَّفِيع منه.

وأما قوله إن الشَّفِيع إذا أخذه من البائع، انفسخ البيع فِي حق المشْتَري، فالجوابُ: أنه لو كان قد انفسخ لوجب أن يرجع الشِّقْص إلىٰ البائع، لأن البيع قد زال بالانفساخ، ويسقط حقُّ الشُّفْعَة، لأن الشِّقْص عاد كما كان، وأجمعنا علىٰ أنه لا يرجع عليه، ولا تسقط الشُّفْعَة.

فإن قيل: لا يمنع أن ينفسخ البيعُ، ولا تسقط الشُّفْعَة، ألا ترىٰ أنهما لو تقايلا انفسخ البيعُ، وكان للشَّفِيع مع ذلك أخذُ الشِّقْص بالشُّفْعَة، **فالجوابُ:** أنهما إذا تقايلا كان لزومُ الإقالة موقوفًا علىٰ ما يكون من الشفيع، فإن رضي بذلك انفسخ البيعُ ولزم الفسخُ ورجع الملكُ إلىٰ البائع وسقطت الشُّفْعَة، وإن لم يرضَ بذلك سقطت الإقالة، وثبت الملك للمشتري، وكان له أخذه منه.

وجوابٌ آخر، وهو أنه يبطُلُ علىٰ مذهبهم بالدار إذا بيعت، فإن للمشتري أن يبيعها قبل أن يتسلمها، فإذا باعها وجاء المشْتَري الثاني إلىٰ البائع الأول والدار فِي يده كان له أن يتسلَّمها منه، فقد تعَذَّر تسليمُها إلىٰ المشْتَري الأول، ومع هذا لا ينفسخُ البيعُ، فبطل ما قالوه[1].

---

(١) في (ص): «تم الجزء الخامس من شرح كتاب المزني، ويتلوه في الجزء السادس: فصل إذا كان للشَّفِيع وكيلًا في العقد على الشقص.. بحمد الله وعونه وحسن توفيقه، والحمد لله وحده، وصلواته على سيدنا محمد وآله وسلم، وحسبنا الله ونعم الوكيل».

• فَصْلٌ •

إذا كان الشَّفيعُ وكيلًا[١] في العقد على الشِّقص لم تبطل شفعتُه بذلك، سواءً كان وكيلًا للبائع في البيع أو وكيلًا للمشتري في الشراء.

وقال أبو حنيفة: إذا كان وكيلًا للمشتري بطلت شفعته، وبنىٰ ذلك علىٰ أصله، [وذلك أنه قال][٢]: الوكيلُ للمشتري يملكُ المبيعَ ثم ينتقل عنه الملك بعد ذلك إلىٰ الموكل، [فإذا كان][٣] كذلك وكان الشَّفيعُ وكيلًا في الشراء فقد ملك الشِّقص، وإذا ملكه بطلت شفعتُه؛ لأنه لا يجوز أن يستحق الشُّفعة علىٰ نفسه فيما يملكه.

وهذا غلطٌ؛ لأنه وكيلٌ لأحد المتبايعين، فوجب أن لا تبطل شفعتُه بوكالته، أصله: إذا كان وكيلًا للبائع، ولأنه إذا كان وكيلًا للبائع اتُّهم في ذلك؛ لأنه ربما أرخص في الثمن[٤] حتىٰ يثبت الاستحقاقُ له بذلك المقدار، فيحصل له الشِّقص بثمنٍ قليلٍ، وإذا كان وكيلًا للمشتري لم يتهم بذلك؛ لأن المشتري لا يشتري باختياره في مقدار الثمن؛ لأن تقديره إلىٰ البائع، فالبائع يملك النقصان من الثمن، والمشتري لا يملك ذلك، ثم ثبت أن الشُّفعة ثبتت له حيث يكون متهمًا، فأولىٰ أن تثبت له حيث لا يكون متهمًا.

فأما الذي ذكروه فالجوابُ عنه أن ذلك بناء علىٰ أصلٍ فاسدٍ ولا نسلِّمه، ثم يبطل عليه ما ذكره؛ لأن الوكيل لو كان يملك ما يشتريهً لوجب - إذا وكَّل في شراء من يعتق عليه فاشتراه - أن يعتق عليه لأنه ملكه، وأجمعنا علىٰ أنه لا يعتق عليه، فدل ذلك علىٰ أنه لا يملك.

---

(١) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

(٤) في (ص، ف) : «ثمن».

• فَصْلٌ •

إذا بيع الشِّقصُ بشرط أن يضمن الشَّفيعُ العهدةَ للمشتري، وضمن الشَّفيعُ العهدة أو بيع بشرط أن يكونَ له الخيار في ذلك البيع - لأن البيع يجوز بشرط أن يكونَ الخيار لأجنبي - فإن عندنا لا تسقط شفعته بذلك، وقال بعض أهل...[1] تسقطُ بذلك شفعته، ودخولُه في الضمان وقبولُه للخيار يُسْقِطُ حقه من الشُّفعة.

واحتج بأن الشَّفيع أحدُ من تم به العقد، فلم تثبت له الشُّفعة كالبائع والمشتري، وهذا غلطٌ؛ لأن قبول الضمان والخيار معنىً سبق ثبوت الشُّفعة، فلم يسقطها، أصله: إذا عفا عنها قبل البيع فإن حقه لا يسقط، فكذلك هذا، ولأنه إذا عفا عن الشُّفعة فقد صرح بإسقاطها، فإذا كان حقُّه لا يسقط مع التصريح، فأولىٰ إذا دخل فيها؛ لأنه ليس بصريحٍ في الإسقاط.

فأما الجوابُ عن قولِهِم إنه أحد من يتم به العقد، فهو أن نقول: تمامُ العقد به لا يؤثر في إسقاط حقه، بل ذلك يؤكد ثبوته؛ لأنه قصد أن يتم العقد، ويكون التمام إليه حتىٰ تثبت له الشُّفعة في الشِّقص، فإذا كان كذلك لم يسقط بذلك حقه.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المُزَني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَهَذِهِ مَسَائِلُ أَجَبْت فِيهَا عَلَى مَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ، قلت أنا: وَإِذَا تَبَرَّأَ الْبَائِعُ مِنْ عُيُوبِ الشُّفْعَةِ)[2].

---

(١) بياض في (ص) بمقدار كلمة، وكتب الناسخ مكانه: «كذا» وهو موضع بياض في (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

وهذا كما قال.. فرَّع المزني مسائل في الشُّفعة، وبدأ بهذه المسألة فقال:

(وَإِذَا تَبَرَّأَ الْبَائِعُ مِنْ عُيُوبِ الشُّفْعَةِ ثُمَّ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ كَانَ لَهُ الرَّدُّ عَلَى الْمُشْتَرِي)[١].

ولم يُرِدْ بذلك أنه باع الشِّقص بشرط البراءة من عيوبه، وإنما أراد أنه وقف المشتري علىٰ عيوبه فرضي به، ثم أخذ الشَّفيعُ ذلك بالشُّفعة فحُكم الشَّفيع - إذا أخذ - كحُكم مشترٍ ثانٍ إذا اشترىٰ من المشتري الأول[٢]؛ لأن الشَّفيع يأخذ الشِّقص بعوضٍ كما يأخذ المشتري بعوضٍ، إلا أن المشتري يأخذ ذلك بالتراضي، والشَّفيع يأخذه حكمًا، فلا يخلو حال المشتري والشَّفيع من أربعة أحوال: إما أن لا يعلم أحدهما بالعيب، أو علما جميعًا، أو علم الشَّفيع دون المشتري، أو المشتري دون الشفيع.

فإذا لم يعلم واحدٌ منهما بالعيب فللشَّفيع أن يرد علىٰ المشتري، وللمشتري أن يرد علىٰ البائع؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما جهل العيبَ ولم يرضَ به، فكان له الرد، كما لو اشترىٰ شيئًا معيبًا لم يعلم بعيبه ثم باعه من رجلٍ لا يعلم بعيبه، فإن للمشتري الثاني أن يرد علىٰ الأول، ثم يرد الأول علىٰ البائع.

وأما إذا علم المشتري أو الشَّفيع بالعيب فليس لواحدٍ منهما الرد؛ لأن

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

(٢) فقوله «إذا تبرأ من عيوب الشفعة» يعني من عيوب الشقص الذي فيه الشفعة فعبر عنه بما يؤول إليه ويستحق فيه، وأصل الباب في هذا أن الشفيع بمنزلة المشتري الثاني من الأول لأنه يأخذ منه بالثمن وإنما يفترقان في شيئين؛ أحدهما: أن الشفيع ينتزعه من المشتري بغير اختياره بخلاف المشتري الثاني، والثاني: أن الشفيع يأخذه بالثمن الذي ملك به المشتري والمشتري الثاني يملكه بما يتفقان عليه من الثمن.. ينظر: الحاوي الكبير (٧/ ٢٨٤) وبحر المذهب (٧/ ٥٠).

كل واحدٍ منهما دخل علىٰ بصيرةٍ بالعيب ورضيا به، فلم يثبتْ له حقُّ الرد.

وأما إذا علم الشَّفيعُ بذلك دون المشتري فليس للشَّفيع أن يرد علىٰ المشتري؛ لأنه علم بالعيب، وليس للمشتري أن يرد علىٰ البائع؛ لأن الشيء خرج من ملكه، فهو كما لو اشترىٰ شيئًا وباعه، ثم علم أن به عيبًا، فليس له ردُّه لخروجه من ملكه، وليس له أن يطالب البائع بالأرش.

واختلف أصْحابُنا في تعليل ذلك؛ فمنهُم مَن قال ليس له ذلك؛ لأنه قد استدرك الظلامة وغبن الشَّفيع كما غبنه البائع، ومنهُم مَن قال ليس[1] له ذلك؛ لأنه لم يأيس من الرد، فإن الشِّقص ربما عاد إليه بابتياعٍ أو ميراثٍ أو هبةٍ فيرده بالعيب، فإن عاد المبيع إليه بابتياعٍ أو اتهابٍ أو إرثٍ، فهل له أن يرده علىٰ البائع ؟ مبني علىٰ اختلاف التعليلين.

فمَن قال إن التعليل في المسألة قبلها استدراك الظلامة، لم يجعل له الرد؛ لأنه قد استدرك الظلامة بأخذ الشَّفيع الشِّقص، وإنما عاد إليه بسببٍ آخر، ومَن قال إن التعليل فيه أنه لم يأيس من الردِّ، فإنه يجعل له الرد ها هنا؛ لأنه قد تمكن منه.

وأما إذا علم المشتري بالعيب، ولم يعلم الشَّفيع - وهذه مسألةُ المزني التي فرَّعها - فللشَّفيع أن يرد علىٰ المشتري لأنه لم يعلم بالعيب ولم يرض به، فإذا رد عليه لم يكن للمشتري أن يرد علىٰ البائع؛ لأنه علم بالعيب ورضي به، فهو كما لو اشترىٰ شيئًا معيبًا - يعلم بعيبه - ثم باعه من رجل لا يعلم بعيبه، فإن للثاني أن يرد علىٰ الأول، وليس للأول أن يرد علىٰ الثاني[2]، فكذلك ها هنا.

---

(١) موضع كلمة مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) زاد بعدها في (ف): «ابتاعه».

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي اشْتَرَاهَا بِدَنَانِيرَ بِأَعْيَانِهَا ثُمَّ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِوَزْنِهَا فَاسْتُحِقَّتْ الدَّنَانِيرُ الْأُولَى فَالشِّرَاءُ وَالشُّفْعَةُ بَاطِلَةٌ)[1].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ شِقْصًا بثمنٍ، ثم أخذه الشَّفيع، ودفع الثمن إلىٰ المشتري، ثم خرج أحد الثمنين مستحقًّا، فلا يخلو من أن يخرج الثمن الذي استحق به المشتري مستحقًّا أو الثمن الذي أخذ به الشفيع.

فإن كان الذي ابتاع به المشتري، فلا يخلو من أن يكونَ المشتري ابتاع الشِّقص بذلك الثمن بعينه، أو ابتاعه بثمنٍ في ذمته ونقد الثمن.

فإن كان ابتاعه بالثمن بعينه فالشراء باطلٌ، والشُّفعة باطلةٌ، أما بُطُولُ الشراء، فلأن المشتري ابتاع ملك غيره بما لا يملِكُه، وأما أخْذُ الشُّفعة فلا يصح؛ لأن الشَّفيع إنما يأخذ الشِّقص من ملك المشتري، فإذا لم يملك المشتري الشِّقص لم يصح أخْذُ الشفيع، فعلىٰ هذا يرد الثمن إلىٰ المستحق، والشِّقص علىٰ البائع، ويرجع الشَّفيع علىٰ المشتري بالثمن الذي دفع إليه.

وأما إذا كان المشتري ابتاعه بثمنٍ في ذمته، ثم نقد فيه الثمن المستحق، فالابتياع صحيحٌ، وأخْذُ الشَّفيع أيضًا صحيحٌ؛ لأن العقد وقع علىٰ ثمنٍ في الذمة، فملك البائعُ ذلك علىٰ المشتري، فإذا نقد ثمنًا مستحقًّا لم يصح الدفع، واستحق مطالبته بما له في ذمته، كما لو أسلم رجلٌ إلىٰ رجلٍ في شيءٍ موصوفٍ ثم دفع إليه شيئًا علىٰ صفته فاستحق، فإنه يرجع فيطالب بما له في ذمته، فكذلك هذا الثمن يُرد علىٰ المستحق، ويدفع المشتري إلىٰ البائع مثل

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

الثمن الذي ابتاعه به، ويستحقُّ علىٰ الشَّفيع الثمن.

فأما إذا خرج الذي دفعه الشَّفيع إلىٰ المشتري مستحقًّا، فلا يخلو من أن يكونَ الشَّفيع أخذ الشِّقص بذلك الثمن بعينه أو بثمنٍ في الذمة، ثم نقده فيه.

فإن أخذه بثمنٍ في ذمته، فإذا نقد الثمن وخرج مستحقًّا، بطل ذلك الثمن الذي نقده، واستحق المشتري مطالبته بمثل الثمن الذي في ذمته.

وإن كان الشَّفيع أخذ الشِّقص بالثمن الذي استحق، فهل تبطل شفعته بذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنها تبطل؛ لأنه لما أخذ بثمنٍ يعلم أنه لا يسلم للمشتري ولا يحصلُ له الشِّقص به، صار كأنه ترك أخذ الشُّفعة - مع القدرة - ورضي بذلك فبطل حقُّه منها.

والوجه الثاني: أن شفعته لا تبطل؛ لأنه ملك أخذ الشِّقص بمثل الثمن الذي اشترىٰ به، فاستقر ذلك في ذمته، فإذا وقع عين المستحق فقد عيَّن به الثمن الذي كان في ذمته، فلم يبطل حكم الأخذ، بل يكون الملكُ حاصلًا بالثمن الذي يثبت في ذمته ويطالب بمثله، كما ذكرنا في المشتري إذا اشترىٰ بثمنٍ في الذمة.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ حَطَّ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي بَعْدَ التَّفَرُّقِ فَهِيَ هِبَةٌ، وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَحُطَّ)[1].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ شِقْصًا فثبت للشَّفيع فيه الشُّفعة، ثم نقص

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

البائعُ المشتَرِيَ بعضَ الثمن الذي عقد العقد به، فلا يخلو أن يكونَ ذلك قبل انقضاء الخيار أو بعده[١].

فإن كان قبل انقضاء الخيار، فإن ذلك النقصان يُحطُّ من أصل الثمن، ويثبتُ حكمُه في حق الشفيع، فيأخذ الشِّقص بما استقر عليه بعد انقضاء الخيار؛ لأن حالة المتعاقدين في مدة الخيار كحالتهما حال العقد، ألا ترىٰ أنهما يملكان الفسخ - في هذه الحالة - والزيادة والنقصان من الثمن، كما يملكان ذلك حال العقد، ثم ثبت أن الثمن الذي يتقارُّ المتعاقدان عليه حال العقد يثبتُ في حق الشفيع، فكذلك ما يتقاران عليه في مدة الخيار.

وأما إذا كان ذلك بعد انقضاء الخيار واستقرار العقد، فإن هذا النقصان يكونَ إبراءً من البائع للمشتري لا يتعلقُ به حُكْمُ الشفيع، بل يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد؛ لأن ما يحدثه من النقصان بعد استقرار العقد يجري مجرىٰ الهبة من البائع؛ لأنه لا يلزم إلا بالتراضي[٢].

ولو وهب له شيئًا لم يتعلق حكم الشَّفيع به، فكذلك هذا.

وحُكْمُ زيادة المشتري للبائع في الثمن كحُكْم النقصان، سواء كان ذلك قبل انقضاء الخيار واستقرار العقد؛ لزم في حقه، وإن كان بعد انقضاء الخيار لم يلزم في حقه، والله أعلم بالصواب.

---

(١) وخلاصته أن الحطيطة إن كانت قبل التفرق فهي موضوعة عن الشفيع ويأخذ الشقص بالباقي من الثمن، وإن كانت بعد التفرق اختص بها بالمشتري.

(٢) وذهب ابن أبي ليلىٰ إلىٰ أن الحطيطة يختص بها المشتري ولا توضع عن الشفيع، وسواء حط قبل التفرق أو بعده، وقول أبي حنيفة أن الحطيطة موضوعة عن الشفيع كوضعها عن المشتري ويأخذ الشقص بالباقي من الثمن وسواء حط قبل التفرق أو بعده.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ اشْتَرَى شِقْصًا لَهُ فِيهِ شُفْعَةٌ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَـةُ، وَعَلَى الْمُنْكِرِ الْيَمِينُ)[١].

وهذا كما قال[٢].. إذا كانت دارٌ بين شريكين، لكلِّ واحدٍ منهما نصفها، فادَّعىٰ أحدُهما علىٰ الآخر أنه ابتاع نصيبه بعد ما ملك هو نصيبه، وأنه يستحقُّ عليه الشُّفعة، وأنكر الشَّريكُ ذلك، وقال: ما ابتعتُ وإنما ملكتُ بإرثٍ أو هبةٍ، أو جهةٍ غيرهما مما لا يستحقُّ به الشُّفعة، فلا يخلو إما أن يكونَ للمدعي بينةٌ أو لا بينة له.

فإن كان له بينةٌ فشهدتْ أن شريكه ابتاع حُكم بذلك، ويستحقُّ عليه الشُّفعة، وإن لم يكن له بينةٌ فالقولُ قول المدعَىٰ عليه؛ لأنه محكومٌ له بملك النصف، والشَّريك يدعي أنه يستحقُّ انتزاعه منه بحكم الشُّفعة، فكان القولُ قولَ المالك، كرجلٍ في يده دارٌ، ادعاها رجلٌ، وأنكر مالكها، فالقولُ قول المالك.

إذا ثبت هذا، فالكلامُ في كيفية يمينه إذا طلبها المدعِي، فإن كان لما ادَّعىٰ عليه الشَّريك أنه ابتاع وأنه يستحقُّ عليه الشُّفعة، أجابه بأن قال: «لا تستحِقُّ علي الشُّفعة» حلف علىٰ ذلك، ولا يحلفُ علىٰ أنه ما ابتاع؛ لأنه قد يبتاع، ويستحقُّ شريكه الشُّفعة، ثم يعفو فيسقط حقه من الشُّفعة، فإذا حلفناه علىٰ أنه ما ابتاع ظلمناه؛ لأنه إما أن يحلف فيكون كاذبًا، أو يقر أنه ابتاع فيستحقُّ

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

(٢) حكىٰ الماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٢٨٨) أن البغداديين والبصريين اختلفوا في صورة هذه المسألة، وما حكاه الشارح ههنا هو علىٰ طريقة البغداديين، والله أعلم.

عليه الشُّفعة، فلم يَجُزْ تحليفه علىٰ ذلك، ولكن يحلف علىٰ أنه لا يستحقُّ عليه إلا شفعة.

وإن كان أجاب بأن قال: «لم أبتع الشِّقص» ففيه وجهان، أحدهما: أنه يحلف علىٰ أنه لا يستحقُّ الشُّفعة، والتعليل ما ذكرنا، والثاني: يحلف علىٰ أنه ما ابتاع؛ لأنه لما أجاب بذلك علم أنه يمكنه الحلف عليه.

وأصلُ هذه المسألة، إذا ادَّعىٰ رجلٌ علىٰ رجلٍ حقًّا، وعزاه إلىٰ جهةٍ، فإن أجاب بأن لا حق له عليه حلف علىٰ ذلك، ولا يحلف علىٰ نفي الجهة التي ادُّعيت عليه، وإن أجاب بنفي تلك الجهة فهل يحلف أنه لا حق له عليه، أو يحلف علىٰ نفي تلك الجهة ؟ علىٰ وجهين.

إذا ثبت هذا، فإن حلف المدعَىٰ عليه سقطت دعوىٰ المدعِي، وإن نكل رددنا اليمينَ علىٰ المدعِي، فيحلف أن شريكه باع، وأنه يستحقُّ عليه الشُّفعة، فإذا حلف حكمنا أنه مستحق الأخذ بالشُّفعة، فإذا أخذ الشِّقص فإنه مقرٌّ بثمنه للمدعىٰ عليه، وذاك ينكر إقراره، ويقول: «لا أستحق هذا الثمن عليه، بل غصبني وأخذ الشِّقص مني بغير حقٍّ» فما الذي يُفعل بالثمن؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يقال للمدعىٰ عليه: قد أقر لك بالثمن وهو مصدَّق في ذلك، فإما أن تأخذه أو تبرئه من الثمن الذي لك عليه، كما قلنا في المكاتب إذا حلَّ عليه نجمٌ، فجاء إلىٰ سيده بمالٍ، فقال السيد: «هو مغصوبٌ، لا آخذه» فإنه يقال له: إما أن تأخذه أو تبرئه.

والوجه الثاني: أن الثمن يقر في يد المدعِي؛ لأنه أقر به لمن لا يدعيه، فأقر في يده، كرجلٍ أقر بدارٍ لزيد، فقال زيدٌ: «ليست لي» فإن الدار تقر في يد المقر

إلىٰ أن يدعيها المقر له.

والوجه الثالث: أن الحاكم يأخذ الثمن منه، ويحفظه إلىٰ أن يدعيه صاحبه؛ لأن الذي هو في يده قد أنكر أن يكونَ مملوكًا له، ومن أقر له به لا يدعيه، فلم يجز إقراره في يد أحدهما، بل يحفظه الحاكم إلىٰ أن يجيء صاحبه.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ أَقَامَ الشَّفِيعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ فُلَانٍ الْغَائِبِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، وأَقَامَ الَّذِي فِي يَدَيْهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَوْدَعَهُ إِيَّاهَا، قَضَيْتُ لَهُ بِالشُّفْعَةِ)[١].

وهذا كما قال[٢].. إذا كانت دارٌ بين رجلين، نصفها ملكٌ لأحدهما، والنصفُ الآخر لغائبٍ، وهي في يد الحاضر وديعةٌ، فادَّعىٰ مالك النصف علىٰ الآخر أنه ابتاع من الغائب وأنه يستحقُّ أخذه بالشُّفعة، وأقام علىٰ ذلك بينةً، وقال من في يده النصف: «أودعني ولم يبعني» وأقام البينة علىٰ ذلك.

فقال المزني[٣]: (البينة بينة الشفيع)؛ لأن إحدىٰ البينتين لا تنافي الأخرىٰ، فإنه يمكن أن يكونَ أودعه أولًا ثم باعه، ويُحكم بالشُّفعة للشفيع.

فإن قال: هذا الذي ذكرتموه إنما يمكن إذا كانت البينتان مطلقتين، أو إحداهما مطلقة والأخرىٰ مؤرخة، أو كانتا مؤرختين، وبينة الوديعة متقدمة، فيمكن ما ذكرتموه، وأما إذا كانتا مؤرختين، والتي شهدتْ بالابتياع متقدمة،

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

(٢) وقال المزني في (الجامع الكبير) : ولو أقام الشفيع البينة بالشراء، وأقام من بيده الشقص البينة: أنه ورثها.. تعارضت البينتان؛ لأن الشراء ينافي الميراث، فتكون علىٰ قولين؛ أحدهما: تسقطان، والثاني: تستعملان.. ينظر: البيان (٧/ ١٦٧).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

فإنه لا يمكن ذلك؛ لأنه لا يمكن أن يبتاع منه ثم يودعه.

فأجاب أصحابُنا عن هذا بأن قالوا: يمكن هذا بأن يكونَ قد ابتاع منه النصف، ثم غصبه البائع عليه، ثم رده إليه، وأشهد علىٰ ذلك، فيكون هذا في صورة الوديعة.

وهذا تأويلٌ متعسَّفٌ، ويمكن تأويلُ المسألة علىٰ وجهٍ أوضح من هذا، وهو أن يكونَ باعه النصف، وأمسك البائع ذلك علىٰ استيفاء الثمن، ثم أودعه المشتري، فيصح إيداعه، ولا يكون ذلك إقباضًا عن البيع، بل يكون وديعةً عند المشتري، ألا تراه لو تلف كان من ضمان البائع، وسقط حقه من الثمن.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ بَاعَا شِقْصًا مِنْ رَجُلٍ، فَقَالَ الشَّفِيعُ: أَنَا آخُذُ مَا بَاعَ فُلَانٌ وَأَدَعُ[١] حِصَّةَ فُلَانٍ، فَذَلِكَ لَهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ[٢])[٣].

وهذا كما قال.. إذا كانت دارٌ بين ثلاثة شركاء، فباع اثنان نصيبَهما من رجل، فللشريكِ الثالثِ أن يأخذ بالشُّفعة، وهو بالخيار إن شاء أخذ الثلثين، وإن شاء أخذ الثلثَ الذي هو نصيبُ أحد الشَّريكين ويترك الثلث الآخر؛

(١) في (ص)، (ف): «وأودع» وهو تصحيف.

(٢) لو اشترىٰ رجلٌ من رجلين شقصًا، قال المزني: للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين، وقاس ذلك علىٰ الرد بالعيب؛ فإنه لو اطلع علىٰ عيب بما اشتراه، كان له أن يرد علىٰ أحد البائعين، ويمسك ما اشتراه من الثاني، وقد اختلفوا في ذلك، فذهب بعضهم إلىٰ موافقة المزني، وهو القياس؛ ومنهم من خالف المزني، وقال: ليس للشفيع أن يأخذ بعضا، ويترك بعضًا.. ينظر: نهاية المطلب (٧/ ٤١٠- ٤١١).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

لأن بيع الاثنين من الواحد يجري عندنا مجرىٰ العقدين المنفردين.

وقد ثبت أن كلَّ واحدٍ منهما لو باع نصيبه بعقدٍ منفردٍ كان للشَّفيع أن يأخذ الجميع، وله أن يأخذ من أحدهما ويترك الآخر.

وهكذا إذا كانت الدار بين شريكين فباع أحدُهما نصيبه من رجلين، فللشريك أن يأخذ النصف كله من الرجلين، وله أن يأخذ الربع من أحدهما ويترك الآخر، والتعليل ما ذكرنا.

وهكذا إذا باع أحدُهما النصفَ من نصيبه من رجلٍ، ثم باع النصف الآخر منه بعقدٍ آخر، فللشَّفيع أن يأخذ الجميع منه، وله أنٍ يأخذ الربع ويترك الربع؛ لأنه باع كل واحدٍ من الربعين بعقدٍ منفردٍ، وحكم أحد العقدين لا يبنىٰ علىٰ الآخر.

وأما إذا كانت الدارُ بين ثلاثة أنفس، فباع اثنان نصيبهما من اثنين، فهو في حكم أربعة عقودٍ، وللشَّفيع خمسةُ اختياراتٍ؛ إن شاء أن يأخذ الذي حصل للمشتريين كله، وإن شاء أخذ ثلاثة أرباع المبيع، وهو جميع ما حصل لأحدهما، ونصف ما حصل للآخر، وإن شاء أخذ ما حصل لأحدهما دون الآخر، وإن شاء أخذ ما حصل لكلٍّ واحدٍ منهما، وإن شاء أخذ ربع ما حصل لكلٍّ واحدٍ منهما.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ: (وَلَوْ زَعَمَ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ اشْتَرَاهَا بِأَلْفٍ، فَأَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِأَلْفٍ ثُمَّ أَقَامَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ بَاعَهُ إِيَّاهَا بِأَلْفَيْنِ)[١].

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

وهذا كما قال.. إذا باع رجلٌ شِقْصًا، فأقر المشتري أنه اشتراه بألفٍ أخذه الشَّفيع بذلك، ثم إن البائعَ ادَّعىٰ أنه باعه بألفين، وأقام علىٰ ذلك بينةً فإنه يُحكم له بالبينة، ويستحقُّ الألفين علىٰ المشتري، فإن قال المشتري للشفيع: «قد لزمني ألفان بسبب الشِّقص فعليك أن تلتزم ذلك» لم يلزمه ذلك؛ لأن الشَّفيع قد أقر له المشتري أنه اشترىٰ بألفٍ، وأنه يستحقُّ الأخذ بها، فإذا طالبه بعد ذلك بألفين لم يَخْلُ من أن يكونَ مقيمًا علىٰ إقراره الأول أو راجعًا عنه، فإن كان مقيمًا عليه فهو يقول: «ابتعت بألفٍ، والبائع كذب في دعواه وظلمني بما أخذ مني» فلا يرجع علىٰ الشَّفيع بما أقر أنه ظلم به، وإن رجع وقال: «أخطأت في إقراري الأول، وإنما ابتعت بألفين» لم يقبل ذلك؛ لأنه أقر لغيره بحقٍ ثم رجع عنه، فلم يقبل رجوعه، كما لو أقر لرجل بمالٍ ثم رجع عنه، و الله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ عَبْدًا فَأَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِقِيمَةِ الْعَبْدِ ثُمَّ أَصَابَ الْبَائِعُ بِالْعَبْدِ عَيْبًا فَلَهُ رَدُّهُ)[1].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ رجلٌ شِقْصًا بعبدٍ، فللشَّفيع أن يأخذ الشِّقص بقيمة العبد؛ لأن الشَّفيع يستحقُّ أخذ الشُّفعة بمثل الثمن الذي ملك به المشتري.

والمثل مثلان، مثلٌ من طريق الصورة، ومثلٌ من طريق القيمة، والعبدُ لا مثل له من طريق الصورة والصفة، وإنما له مثلٌ من طريق القيمة، فاستحق

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

الشَّفيع أخذ الشِّقص بقيمته، فإن أصاب البائع بالعبد عيبًا لم يَخْلُ من أن يكونَ الشَّفيع أخذ الشِّقص بالشُّفعة أو لم يأخذه بعد.

فإن كان أخذه فللبائع أن يرد العبد علىٰ المشتري بالعيب؛ لأنه ملكه بعقد معاوضةٍ، فكان له رده بالعيب، فإذا رده علىٰ المشتري لم يكن للمشتري أن يرجع علىٰ الشَّفيع فيأخذ الشِّقص منه ويرده علىٰ البائع؛ لأن ملك الشِّقص انتقل إلىٰ الشَّفيع بمعاوضةٍ أخرىٰ، وردُّ البائع العبدَ لا يفسخ المعاوضةَ الثانية، فإذا ثبت أن الشِّقص لا يُسترجع من الشفيع، فإن البائعَ يأخذ من المشتري قيمة الشِّقص؛ لأنه لو كان موجودًا في ملكه رجع به.

فإذا تعذر الرجوع به لفواته رجع بقيمته، كما لو غصب شيئًا وتلف في يده، فإن صاحبه يرجع عليه بقيمته، فكذلك ها هنا، قال أبو العباس: فإن رجع الشِّقص إلىٰ المشتري بابتياعٍ أو اتهابٍ أو إرثٍ لم يكن له ردُّه علىٰ البائع وأخْذُ القيمة التي دفعها إليه.

فإن قيل : فهلا قلتم أن له ذلك؛ لأنه دفع إليه القيمة لأجل الحيلولة بينه وبين الشِّقص، وتعذر رده عليه.

فإذا زال ذلك المعنىٰ، وعاد الشِّقص إليه كان له رده وأخذ القيمة التي دفعها، كما لو غصب عبدًا فأبق، فإن صاحبه يستحقُّ أخذ القيمة منه، فإذا عاد العبد رد علىٰ صاحبه واسترجع منه القيمة.

فالجوابُ: أن الفصل بين الموضعين أن العبدَ المغصوبَ إذا أبق لم يزل ملكُ صاحبه عنه، بل هو باقٍ علىٰ ملكه، وإنما يدفع إليه القيمة لأجل الحيلولة، فإذا عاد كان له أخذه؛ لأنه مملوكه، وليس كذلك الشِّقص؛ لأن ملكه قد انتقل إلىٰ المبتاع وانتقل عنه إلىٰ الشفيع، فالقيمة تدفع بدلًا عنه،

فإذا عاد إلىٰ المبتاع لم يكن له رده علىٰ البائع.

إذا ثبت هذا، فإن البائعَ يأخذ من المشتري قيمة الشِّقص، والشَّفيع يأخذ الشِّقص من المشتري بقيمة العبد، فهل يثبت للشَّفيع والمشتري تراجعٌ أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا تراجع بينهما؛ لأن الشَّفيع يستحقُّ أخذ الشِّقص بمثل الثمن الذي استقر عليه العقد، وهو العبد، فإذا أخذ بمثله - وهو القيمة - لم يثبت للمشتري عليه حق الرجوع بشيءٍ آخر.

والوجه الثاني: أنهما يتراجعان بما بين قيمة العبد وقيمة الشِّقص؛ لأن الشِّقص استقر علىٰ المشتري بقيمته لا بقيمة العبد، فاستحق المشتري أن يأخذه بذلك - وقد أخذه بقيمته - العبد، فيثبت بينهما التراجع.

فإذا قلنا إنهما لا يتراجعان فلا تفريع عليه، وإذا قلنا إنهما يتراجعان، فإنه يُنظر قيمة العبد وقيمة الشِّقص ويقابل بينهما.

فإن كانت قيمة الشِّقص أكثر رجع المشتري علىٰ الشَّفيع بالفاضل، وإن كانت قيمة العبد أكثر رجع الشَّفيع علىٰ المشتري بفضل قيمة العبد علىٰ قيمة الشِّقص.

فهذا الحُكم فيه إذا أصاب البائع العيب بعد أخذ الشَّفيع الشِّقص، فأما إذا أصابه قبل أن أخذ الشفيع فله ردُّه، وقد تعلق بالشِّقص حقان، حق للشَّفيع من الأخذ بالشُّفعة، وحق للبائع، وهو أنه يستحقُّ استرجاعه عند رد العبد بالعيب، فأي الحقين أولىٰ؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن الشَّفيع أولىٰ؛ لأن حقه سابقٌ لحق البائع، وأنه ثبت بعقد البيع، وحق البائع ثبت عند الرد، فكان تقديم السابق أولىٰ.

والثاني: أن البائع أولىٰ لأن الشُّفعة وجبت لإزالة الضرر.

فلو جعلنا الشَّفيعَ أحقَّ في هذا الموضع ألحقنا بالبائع ضررًا، والضررُ لا يزال بالضرر، وإذا قلنا إن البائعَ أحق فإنه يأخذ الشِّقص ويسقط حق الشفيع، وإذا قلنا إن الشَّفيع أحق، فإن البائعَ يأخذ من المشتري قيمة الشِّقص، وإذا أخذ الشَّفيع الشِّقص، هل يأخذه بقيمة العبد أو بقيمة الشِّقص؟ فيه وجهان:

أحدهما: يأخذه بقيمة العبد؛ لأنه مثل الثمن الذي استقر به العقد عليه.

والثاني: أنه يأخذه بقيمة الشِّقص؛ لأنه هو الثمن الذي استقر الشِّقص علىٰ المشتري به.

هذا كلُّه إذا أصاب البائع العيب، ولم يكن حدث به عنده عيبٌ آخر، فأما إذا كان حَدَثَ به عنده عيبٌ آخر، فلا يمكنه الرد لأجل حدوث العيب عنده، ولكنه يرجع علىٰ المشتري بأرش العيب، وهل يرجع علىٰ الشَّفيع بالأرش؟ يُنظر:

فإن كان قُوِّم العبد عليه سليمًا وأخذ منه المشتري قيمته لم يرجع عليه بالأرش؛ لأنه قد أخذ منه قيمته سليمًا، فدخل أرش العيب في جملة ذلك، وإن كان قُوِّم عليه معيبًا، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يرجع عليه لأنه أخذ الشِّقص بمثل الثمن الذي استقر عليه - وهو العبد المعيب - فلم يرجع بزيادةٍ علىٰ ذلك.

والثاني: أنه يرجع عليه بالأرش؛ لأن الشِّقص استقر علىٰ المشتري بقيمة عبدٍ سليمٍ، فاستقر ذلك علىٰ الشفيع.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلو اسْتُحِقَّ الْعَبْدُ بَطَلَت شُفْعَتُهُ)[1].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

وهذا كما قال.. إذا باع شِقْصًا بعبدٍ، وأخذه الشفيع، ثم استحق العبد، فإن البيعَ يبطلُ ويبطلُ حقُّ الشُّفعة؛ لأنه إذا بان أن العبد كان مستحقًّا تبينا أن المشتري اشترىٰ الشِّقص بما لا يملِكُه، فلم يصح ابتياعه، ولم يملك الشِّقص، فإذا أخذ الشَّفيع فقد أخذ ممن لم يملك، فلم يصح أخذه، ويفارق المسألة قبلها؛ لأن في تلك المسألة حصل الملكُ للمشتري، وإن كان المثمن معيبًا فالشَّفيع أخذه من مالكٍ، فصح أخذُه.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ صَالَحَهُ مِنْ دَعْوَاهُ عَلَى شِقْصٍ لَمْ يَجُزْ فِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ)[1].

وهذا كما قال.. إذا كانت دارٌ بين شريكين، فادَّعىٰ رجلٌ علىٰ أحدهما أن نصيبه من الدار له، فصالحه المدعَىٰ عليه علىٰ مالٍ، فلا يخلو أن يصالحه علىٰ إقرارٍ أو علىٰ إنكارٍ[2]، فإن صالحه علىٰ إنكارٍ لم يستحقَّ أخذ الشِّقص بالشُّفعة؛ لأن الصلح علىٰ الإنكار لا يصح ولا يملك به، وإن كان صالحه بعد أن أقر له بالشِّقص كان للشريك أخذه بالشُّفعة؛ لأن الصلح علىٰ الإقرار بمنزلة البيع.

وهكذا، إذا ادَّعىٰ رجلٌ علىٰ أحد الشَّريكين ألف درهم، فصالحه المدعَىٰ عليه منها علىٰ الشِّقص الذي له، فإن كان صُلْحه علىٰ إنكارٍ لم يستحق الشَّريك أخذ الشِّقص بالشُّفعة، وإن صالحه بعد ما أقر له بها: استحق الشَّريك أخذ الشِّقص لأن ذلك بمنزلة البيع.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

(٢) وأصله أن الصلح ضربان؛ صلح عن إنكار فهو باطل ولا شفعة فيه، وصلح عن إقرار فهو جائز والشفعة فيه واجبة وهو ضربان .. ينظر: الحاوي الكبير (٧/ ٢٩٣).

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَامَ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّـهُ اشْـتَرَى مِـنْ هَـذِهِ الدَّارِ شِقْصًا)[١].

وهذا كما قال.. إذا كانت دارٌ بين رجلين، فادَّعىٰ كل واحدٍ منهما علىٰ صاحبه أنه يستحقُّ أخْذ نصيبه بالشُّفعة، فلا يخلو أن يكونا ملكا في وقتٍ واحدٍ أو في وقتين.

فإن كانا ملكا في وقتٍ واحدٍ، مثل أن ابتاعا الدار من رجل أو من رجلين صفقةً واحدةً، فليس لأحدهما علىٰ الآخر شفعة؛ لأنه لَم يسبق ملكُ أحدهما ملكَ صاحبه حتىٰ يستحق عليه الشُّفعة.

وإن كانا ملكَا ذلك في وقتين، وكلُّ واحدٍ منهما يدعي علىٰ صاحبه أنه ملك نصيبه بعده ويستحقُّ عليه فيه الشُّفعة، فلا يخلو من أن يكونَ مع أحدهما بينةٌ، أو لا يكون معه بينةٌ، أو يكون مع كلِّ واحدٍ منهما بينةٌ.

فإن لم يكن مع واحدٍ منهما فكلُّ واحدٍ منهما مدعٍ ومدعىً عليه، فإذا ترافعا إلىٰ الحاكم، وسبق أحدهما فادَّعىٰ أنه يستحقُّ الشُّفعة علىٰ صاحبه لزم الآخر إجابته عن الدعوىٰ، فإن لم يجب، وقال «أنا أستحق عليه الشُّفعة» قيل له قد سبقك بالدعوىٰ، فأجب أولًا عن دعواه، ثم ادع بعد ما شئت، فإن أجاب عن الدعوىٰ و أنكر، فالقولُ قولُه مع يمينه؛ لأن ملكه ثابتٌ علىٰ نصيبه، وشريكه يريد أن ينتزعه منه، فكان القولُ قولَه مع يمينه.

ثم لا يخلو من أن يحلفَ أو ينكل، فإن حلف سقط دعوىٰ المدعَىٰ

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

عليه، ثم يقال له «إن شئت فادع عليه» فإن ادَّعىٰ عليه، فالقولُ قولُ الآخر مع يمينه، فإن أنكر وحلف سقطت دعواه عليه، ويستقر ملك كل واحدٍ منهما علىٰ النصف، وإن نكل رددنا اليمين علىٰ المدعِي، فيحلف ويحكم له بالشُّفعة؛ لأن يمينه مع نكول المدعَىٰ عليه بمنزلة البينة علىٰ أحد القولين، وبمنزلة إقرار المدعَىٰ عليه، علىٰ القول الآخر.

وأما إذا لم يحلف المدعَىٰ عليه أولًا فإن اليمين ترد علىٰ المدعِي، فيحلف ويحكم له بالشُّفعة، فإن أراد الآخر أن يدعي بعد ذلك لم يكن له؛ لأنه لم يبق له ملكٌ فلم يصح منه دعوىٰ الشُّفعة.

هذا الحُكْمُ فيه إذا لم يكن مع أحدهما بينةٌ، ومثله الحُكْم إذا كان مع أحدهما بينةٌ دون الآخر؛ لأنا لا نعلم عين السابق منهما بالملك، وكل واحدٍ منهما مدع ومدَّعىٰ عليه، والحُكْمُ فيه علىٰ ما ذكرنا.

وأما إذا كان مع كلِّ واحدٍ منهما بينةٌ فلا يخلو من أن يكونا متعارضَتَيْنِ أو غير متعارضَتَينِ، فإن لم يكونا متعارضَتَيْن، فإن شهدتْ إحداهما بأنه ابتاع النصف من زيدٍ، وشهدت الأخرىٰ بأنه ابتاع النصف من عمروٍ، فلا تعارض ها هنا، لإمكان أن يكونَ كل واحدٍ منهما قد اشترىٰ نصيبه مفردًا.

ولا يخلو حال البينتين من أحد أربعة أحوالٍ:

إما أن تكونا مؤرختين تأريخًا واحدًا - بأن تشهد إحداهما بأنه اشترىٰ من زيدٍ وقت طلوع الشمس، وتشهد الأخرىٰ بأنه اشترىٰ من عمرٍو وقت طلوع الشمس - فالملكُ حصل لهما في وقتٍ واحدٍ، فلا يستحقُّ أحدهما علىٰ الآخر شفعةً.

وإن كانتا مؤرختين تأريخًا مختلفًا - مثل أن تشهد إحداهما أنه ملك في

رجبٍ، وتشهد الأخرىٰ أنه ملك في شعبان - فالذي ملك أولًا يستحقُّ الشُّفعة علىٰ الآخر؛ لأن ملك صاحبه طرأ علىٰ ملكه، فاستحق عليه الشُّفعة فيه.

وإن كانت إحداهما مُطْلَقةً والأخرىٰ مؤرخةً، فهو كما لو لم يكن مع أحدهما بينةٌ؛ لأنا لا نعلم أيهما سبق بالملك، ويكون الحُكْمُ علىٰ ما ذكرنا في القسم الأول.

وكذلك إذا كانت البينتان مُطْلَقتين لأنا لا نعلم أيهما السابق، فهو كما لو لم يكن مع أحدهما بينةٌ.

وأما إذا كانت البينتان متعارضتين - مثل أن تشهد إحداهما أنه ملك من وقت الظهر، وملك الآخر وقت العصر، وتشهد البينةُ الأخرىٰ للآخر أنه هو الذي ملك من وقت الظهر، وملك صاحبه وقت العصر، فهذا مبنيٌّ علىٰ القولين في البينتين إذا تعارضَتَا، فإن قلنا إنهما تسقطان، فهو كما لو لم يكن مع أحدهما بينةٌ، وإن قلنا تستعملان؛ ففي كيفية الاستعمال ثلاثة أقوالٍ؛ أحدها: القرعة، والثاني: القسمة، والثالث: الوقف.

فإن قلنا يقرع بينهما؛ أقرع، فمن خرج له السهم أولًا استحق الشُّفعة علىٰ الآخر، وإن قلنا يوقف؛ وقف الأمر إلىٰ أن يتبين ذلك، وإن قلنا يقسم؛ فلا فائدة ها هنا في القسمة؛ لأن يد كل واحدٍ منهما ثابتةٌ علىٰ النصف، اللهم إلا أن تكون الدار بينهما ثلثًا وثلثين، فيقسم بينهما ما في يد كل واحدٍ منهما نصفين، والله أعلم.

♦ مَسْألَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَنَّ الْبَائِعَ قَالَ: قَدْ بِعْتُ شِقْصِي مِنْ فُلَانٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ)[1]

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

الفصل إلى آخره.

وهذا كما قال.. إذا كانت دارٌ بين رجلين، لكلِّ واحدٍ منهما نصفها، فأقر أحدهما أنه باع نصيبه من زيدٍ، وأنكر زيدٌ ذاك، وادعاه الشفيع، فلا يخلو من أن يقر بأنه باعه ولم يقبض الثمن، فإن أقر بأنه باع ولم يقبض الثمن، فذكر المزني أن للشَّفيع أن يأخذ بالشُّفعة.

واختلف أصْحابُنا في ذلك، فذهب عامتُهم إلىٰ مثل ما قال المزني، وذهب بعضُهم إلىٰ أن لا شفعة له[1]؛ قال: لأن المشتري أصلٌ والشَّفيع فرعٌ له، وعنه يملك، فلما لم يحصل الملك للمشتري الذي هو الأصل لم يثبت حكم الفرع، كما قال الشافعي في رجلٍ مات وخلَّف ابنين، فأقر أحدهما بأخٍ ثالث، وكذبه الأخ، فإن نسبه لا يثبتً ولا يرث؛ لأن الإرث فرعٌ لثبوت النسب، فلما لم يثبت الأصلُ لم يثبت الفرع.

والدليلُ علىٰ أنه يستحقُّ الشُّفعة هو أن إقرار البائع بالبيع يضمن حقين، حق المشتري - وهو أن الملك حصل له - وحق الشَّفيع - وهو أنه يستحقُّ الأخذ بالشُّفعة - فإذا أنكر المشتري أسقط حق نفسه، ولم يسقط بذلك حق الشفيع، كما لو أقر بدارٍ لرجلين، فأنكر أحدهما، فإن حقه يسقط، ولا يسقط حق الآخر.

فإذا قلنا لا شفعة للشفيع؛ سقط حقه، وبقيت الخصومة بين البائع والمشتري، وإن أحب استحلفه وإن أحب ترك.

---

(١) وبه قال أبو حنيفة وأحمد؛ لأن البائع أقر بحقٍ للمشتري وبحق للشفيع فإذا سقط حق المشتري بإنكاره لم يسقط حق الشفيع كما لو أقر لاثنين بحق فرَّده أحدهما .. بحر المذهب (٧/ ٦٢).

وإذا قلنا إن له الشُّفعة، نُظِر في البائع، فإن اختار أن يترك مخاصمة المشتري، ويدفع الشِّقص إلىٰ الشَّفيع، ويأخذ منه الثمن، فعل ذلك، فإذا دفع وأخذ الثمن كانت عهدة الشَّفيع علىٰ البائع، وإن اختار أن يخاصم المشتري ويطالبه بالثمن، فهل له ذلك أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك؛ لأنه يحصلُ له المقصودُ من جهة الشفيع، فلا حاجة به إلىٰ خصومة المشتري.

والثاني: له ذلك؛ لأنه ربما كان له غرضٌ فيه، وهو أن يكونَ المشتري أسمح من الشَّفيع وأسهل معاملةً منه، فإذا أخذ الثمن منه كانت عهدته عليه، فإن خرج مستحقًّا سامحه في المعاملة.

فإذا قلنا ليس للبائع مخاصمة المشتري، فإنه يدفع الشِّقص إلىٰ الشَّفيع ويأخذ منه الثمن، وتكون العهدة علىٰ البائع.

وإن قلنا له مخاصمته، نُظِر في المشتري، فإن حلف سقطت دعوىٰ البائع، ويأخذ الشَّفيع الشِّقص من البائع إن اختار، وإن لم يحلف رددنا اليمين علىٰ البائع فيحلف، ويحكم أن المشتري ملك عنه، فيسلم الشِّقص إليه، ويأخذ منه الثمن، ثم يأخذ الشَّفيعُ الشِّقص من المشتري، ويدفع إليه الثمن، وتكون عهدة الشَّفيع علىٰ المشتري، وعهدة المشتري علىٰ البائع.

هذا الحُكْمُ فيه إذا أقر البائع أنه باع ولم يقبض الثمن، فأما إذا أقر بأنه باع وقبض الثمن، فهل للشَّفيع أن يأخذه بالشُّفعة؟ هذا مبنيٌّ علىٰ المسألة قبلها، فمَن قال هناك إنه لا تثبت له الشُّفعة، فها هنا أولىٰ أن لا تثبت، ومَن قال هناك إن الشُّفعة تثبت، ففي ثبوتها هاهنا وجهان:

أحدهما: لا تثبت؛ لأنا لو جعلنا للشَّفيع الشُّفعة لكان يأخذ الشِّقص بغير ثمنٍ؛ لأن المشتري ينكر الشراء، ولا يمكن دفع الثمن إليه والبائع يقر بأنه

قبض الثمن، ولا يمكن أيضًا دفعه إليه.

والوجه الثاني: أن للشَّفيع الأخذ بالشُّفعة؛ لأن المعنىٰ الذي جعلنا له الأخذ بالشُّفعة في المسألة قبلها هو أنه أقر بحق للمشتري وحق للشفيع، فإذا سقط حق المشتري لم يسقط حق الشفيع، وهذا المعنىٰ موجودٌ ها هنا فثبتت له الشُّفعة، فإذا قلنا: لا شفعة، فلا كلام، وإذا قلنا له الشُّفعة فإنه يأخذ الشِّقص، وما الذي يُفعل بالثمن؟ فيه ثلاثة أوجه ذكرناها في مسألة تقدمت.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ لِلشِّقْصِ ثَلَاثَةُ شُفَعَاءَ، فَشَهِدَ اثْنَانِ عَلَىٰ تَسْلِيمِ الثَّالِثِ، فَإِنْ كَانَا سَلَّمَا جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا)[1].

وهذا كما قال.. إذا كانت دارٌ بين أربعة أنفسٍ، لكلِّ واحدٍ منهم ربُعُها، فباع أحدُهم نصيبه، وثبت لشركائه فيه حقُّ الشفعة، فادَّعىٰ المشتري علىٰ أحد الشفعاء أنه عفا عن حقِّه من الشُّفعة، وشهد الشفيعان الآخران له؛ فإنه يُنْظر فيهما، فإن كانا عَفَوَا عن حقهما من الشُّفعة قُبِلت شهادتُهما؛ لأنهما لا يجران إلىٰ أنفسهما بذلك نفعًا، ولا يدفعان عنهما ضرًّا، فقُبلت، وإن لم يكونا عَفَوَا لم تُقبل شهادتُهما؛ لأنهما يجران إلىٰ أنفسهما منفعةً.

فإنه إذا ثبت أن الشَّفيع عفا عن حقه حصل بذلك الحق لهما، فلحقتهما التهمة في ذلك، فلم تُقبل شهادتُهما، فإن شهدا قبل أن عَفَوَا فرُدت شهادتُهما ثم عَفَوَا وأعادا الشهادة لم تُقْبل؛ لأن الشهادة إذا رُدت للتهمة لم تُقبل بعد زوال التهمة، كالفاسقَيْنِ إذا شهدا فردت شهادتهما، ثم عُدِّلا بعد ذلك

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

وأعادا الشهادة، فإن عفا أحدهما ولم يعف الآخر، ثم شهدا، فشهادة الذي لم يعف لا تقبل للتهمة، وشهادة العافي تُقبل ويحكم بها مع اليمين؛ لأنه يحكم في الشُّفعة بشاهدٍ ويمين، ثم يُنظر في الشَّفيع الذي رُدت شهادتُه، فإن كان مقيمًا علىٰ المطالبة بالشُّفعة: حلف مع الشاهد وأخذ الشِّقص كله؛ لأنه لا شفيع غيره وإن كان قد عفا عن الشُّفعة وحصل الشِّقص له؛ لأنه لم يبق من يطالب بالشُّفعة.

♦ مَسْألةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ادَّعَى الشَّفِيعُ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَى هذا الشِّقص الَّذِي هو فِي يَدِهِ مِنْ صَاحِبِهِ الْغَائِبِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا كانت الدارُ بين شريكين، لكلِّ واحدٍ منهما نصفها، وأحدهما حاضرٌ والآخر غائبٌ، ونصيبه في يد رجلٍ حاضرٍ، فادَّعىٰ الشَّريكُ الحاضرُ علىٰ الذي في يده نصيب الغائب أنه ابتاعَ ذلك من الغائب وأنه يستحقُّ أخذه بالشُّفعة، وأنكر، وقال: «ما ابتعتُ» فأقام الشَّريك البينة، قال المزني: «حكمتُ ببينته، وكان له أخذُ نصيب الغائب بالشُّفعة»، ثم قال: «هذا قضاءٌ علىٰ الغائب، وقد وافقنا مَن قال لا يقضىٰ علىٰ الغائب وترك أصله»، يعني بذلك أبا حنيفة[٢].

---

(١) وتمامه: ودفع إليه ثمنه، وأقام عدلين بذلك عليه أخذ بشفعته ونفذ الحكم بالبيع علىٰ صاحبه الغائب .. مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

(٢) ساق المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ كلام المزني بالمعنىٰ، ولفظه: (هذا قول الكوفيين وهو عندي ترك لأصلهم في أنه لا يقضي علىٰ غائب وهذا غائب قضىٰ عليه بأنه باع وقبض الثمن وأبرأ منه إليه المشتري وبذلك أوجبوا الشفعة للشفيع) .. مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

فأما ما ذكره من الحُكم في المسألة، فالأمرُ علىٰ ما قاله، وأنه يقضىٰ بالبينة التي للحاضر، ويستحقُّ الأخذ بالشُّفعة.

وأما قولُه إن هذا علىٰ الغائب، فاختلف أصْحابُنا فيه؛ فمنهُم مَن قال إنه قضاءٌ علىٰ الغائب علىٰ ما ذكره، قال: لأنا نحكم أن الغائب باع نصيبه، ويقضىٰ بذلك عليه، وهذا قضاءٌ علىٰ غائبٍ، ومنهُم مَن قال ليس هذا قضاء علىٰ الغائب؛ لأن الشافعي إنما يقضي علىٰ الغائب بالبينة واليمين، ولا خلاف أن المدعِي لا يستحلف مع البينة، فثبت أن ذلك ليس بقضاءٍ علىٰ الغائب.

وسواءٌ قلنا إن ذلك قضاءٌ علىٰ الغائب أو ليس بقضاءٍ عليه، فلا يلزم أبا حنيفة؛ لأنه إنما لم يجز القضاء علىٰ الغائب إذا لم يكن هناك خصمٌ حاضرٌ، فأما إذا حضر هناك خصمٌ فإنه يجيز القضاء عليه، وفي هذا الموضع خصمٌ حاضرٌ، وهو الذي يدعىٰ عليه أنه اشترىٰ، ويمكن أن يقال إن هذا المدعَىٰ عليه ليس بخصمٍ عن الغائب، وإنما هو خصمٌ عن نفسه، وأبو حنيفة إنما لا يجيزُ القضاء علىٰ الغائب إذا لم يكن هناك خصمٌ عنه، وقد أجازه في مسألتنا فناقض علىٰ أصله، وصح إلزام المزني له.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ اشْتَرَى شِقْصًا وَهُوَ شَفِيعٌ فَجَاءَ شَفِيعٌ آخَرُ)[1] الفصل إلى آخره.

وهذا كما قال.. إذا كانت دارٌ بين ثلاثة شركاء، فباع أحدُهُم نصيبه من

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

آخر، فذكر المزني أن هذا الثلث يكونُ بين المشتري والشَّريك الباقي نصفين، وبه قال أبو إسحاق وعامة أصحابنا، وهو مذهب أبي حنيفة[١].

وقال أبو العباس[٢]: للشريك الذي لم يشتر أن يأخذ الثلثَ كله بالشُّفعة، وليس للمشتري أخذُ شيء منه، قال: ووجهُه أنا لو جعلنا للمشتري أن يأخذ بالشُّفعة لكان يأخذ بها من ملك نفسه، والإنسان لا يستحقُّ أخْذَ الشُّفعة من نفسه.

ووجهُ القول الأول هو أن المشتري شريكٌ في بعض المشترىٰ، فلم يكن لغيره أن يأخذ جميعه بالشُّفعة، كما لو كانت الدار بين ثلاثة شركاء، فباع واحدٌ منهم نصيبه من أجنبي، وكان أحدُ الشفيعين حاضرًا والآخرُ غائبًا، فأخذ الحاضر جميع الشِّقص، ثم قدم الغائب لم يكن له أن يأخذ من الحاضر جميع الشِّقص الذي أخذه.

وقول أبي العباس أنه يأخذ من نفسه بالشُّفعة ليس بصحيح؛ لأنا لا نقول أنه يأخذ بالشُّفعة من ملكه، ولكن لا نقدم الشَّريك الآخر عليه إذ كان لا مزية له عليه، فنجعل للشريك الآخر أخذ النصف فحسب، ويقر النصف الآخر في ملك المشتري لأنه شريك، فإذا أقررناه حصل له الابتياع لأنه يأخذه بالشُّفعة.

---

(١) كذا جاء ههنا، والذي في الحاوي الكبير (٧/ ٢٩٨) أن مذهب أبي حنيفة بخلاف ذلك فإنه قال: قال أبو حنيفة: شفعة المشتري باطلة فيما اشتراه، ولا تثبت له شفعته علىٰ نفسه، ولشريكه أخذ جميع الشقص من يده، وليس له تبعيض الصفقة عليه بأخذ النصف منه.

(٢) يعني ابن سريج، وما حكاه المصنف ههنا عنه خلاصته أنه موافق لأبي حنيفة، ولعل المصنف اعتمد في ذلك علىٰ حكاية أبي حامد الإسفراييني ذلك عنه، ولكن قال الماوردي: ووجدت أبا العباس بن سريج قائلًا بخلافه وموافقًا لأصحابه.

إذا ثبت هذا، فإن قلنا بقول أبي العباس أنه لا حق للمشتري، فإنه يقال للشريك الآخر: لا شفيع لها هنا غيرك، فأنت بالخيار بين أن تأخذ الكل أو تترك الكل، وليس لك أن تأخذ البعض وتترك البعض.

وإذا قلنا بقول عامة أصحابنا نُظِر في المشتري والشفيع، فإن اختارا أخْذَ الثلث بينهما نصفين كان لهما ذلك، وإن عفا الشَّفيع عن الشُّفعة بقي الثلث كله علىٰ المشتري؛ لأن الشَّفيع ثبت له حق التملك، فإذا سقط [حقه بقي][1] الملك علىٰ المشتري، ولا يخير الشَّفيع علىٰ الأخذ بالشُّفعة، وإن قال المشتري «قد رضيتُ أن يأخذ الشَّفيع الكل بالشُّفعة» لم يلزم الشَّفيع ذلك، بل يأخذ النصف ويترك النصف؛ لأن الشُّفعة إنما وجبت له في النصف، فلم يلزمه أكثر من ذلك.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ شَجَّهُ مُوضِحَةً عَمْدًا، فَصَالَحَهُ عَلَى شِقْصٍ، وَهُمَا يَعْلَمَانِ أَرْشَ الْمُوضِحَةِ، فإنَّ لِلشَّفِيعِ أَخْذَهُ بِالْأَرْشِ)[2].

وهذا كما قال.. حُكْمُ الأخذ بالشُّفعة في هذه المسألة مبنيٌّ علىٰ حُكْم ما يجب في الموضحة، وصحة الصلح عليه، فالموضِحَةُ ديتها خمسٌ من الإبل، فإن كانت الجناية خطأً محضًا وجبت الدية أخماسًا، وإن كانت عمدًا محضًا أو عمدًا خطأً وجبت أثلاثًا، ثم يُنْظَرُ، فإن كانت الإبل موجودةً لم يجز الانتقال عنها إلىٰ غيرها، وإن أعوزت الإبل انتقل إلىٰ غيرها، وإلىٰ أي شيءٍ ينتقل؟ فيه قولان:

---

(١) بياض في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

أحدهما: ينتقل إلىٰ بدلٍ مقدرٍ، وهو نصفُ عشر دية النفس، قاله في القديم.

وقال في الجديد: ينتقل إلىٰ القيمة، فينظر أقل خمسٍ من إبل البلد، ولو كانت موجودةً أُجبر المجني عليه علىٰ أخذها، فينتقل إلىٰ قيمتها.

فهذا حُكْمُ ما يجب في الموضحة، وأما الصُّلْحُ عليها، فإن الجاني إذا صالح المجني عليه من الدية علىٰ شِقْصٍ لم يَخْلُ من أن تكون الإبل معوزةً أو موجودةً.

فإن كانت معوزةً وقلنا بالقول القديم وأنه ينتقل إلىٰ بدلٍ مقدرٍ صح الصلح؛ لأن العوض الذي وقع عليه الصلح معلوم، وإذا قلنا بالقول الجديد، وأنه ينتقل إلىٰ القيمة، فإن كانا يعلمان قدر القيمة الواجبة صح الصلح، وإن كانا يجهلان ذلك أو أحدُهما لم يصح الصلح.

وأما إذا صالحه والإبل موجودةٌ، فإنا ننظر، فإن جهلا العدد أو السن لم يصح الصلح؛ لأن العوض مجهولٌ، وإن علما، ففيه قولان:

أحدهما: [أن الصلح جائز لأن العدد][1] والسن معلومٌ، فلم تؤثر الجهالة؛ لأنه [أي شيءٍ أتىٰ به قد اجتمع فيه العدد][2] والسن: أجبر المجني عليه علىٰ قبوله.

والقول الثاني: لا يصح؛ [لأن الصفة مثل اللون][3] ونحوه مقصودٌ، وهو مجهولٌ، فلم يصح الصلح.

---

(١) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

وأما حكمُ الشُّفعة، فإنه مبنيٌّ علىٰ صحة الصلح، فكلُّ موضعٍ قلنا [إن الصلح باطلٌ][(١)]: فليس للشَّفيع أن يأخذ؛ لأن ملك الشِّقص لم ينتقل إلىٰ المصالح، [وكلُّ موضعٍ][(٢)] قلنا إن الصلح صحيحٌ فللشَّفيع أن يأخذ بالشُّفعة؛ لأن ملك الشِّقص انتقل بمعاوضةٍ.

ثم يُنظر، فإن صالحه علىٰ بدلٍ مقدرٍ من الدراهم والدنانير، فإن الشَّفيع يستحقُّ الشِّقص بذلك البدل، وإن كان صالحه علىٰ قيمة الإبل عند إعوازها فإنه يأخذه بقيمة الإبل، وإن كان صالحه علىٰ الإبل عند وجودها فإنه يأخذ بقيمة الإبل، فينظر أقل خمسةٍ من الإبل من نتاج البلد لو كانت موجودةً، أُجبر الشَّفيع علىٰ الأخذ بها، فيأخذ الشِّقص بقيمتها، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قَالَ رَحِمَهُ اللهُ: (وَلَوْ اشْتَرَى ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ شِقْصًا بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ)[(٣)] إلى آخر الفصل.

وهذا كما قال.. إذا باع ذميٌّ من ذميٍّ شِقْصًا، وكان له شريكٌ ذمي، فإن شريكه يستحقُّ الشُّفعة؛ لأن الشُّفعة من حقوق العقد، والمسلم والذِّميُّ في حقوق العقد سواء، فإن ترافع البائع والمشتري والشَّفيع إلىٰ الحاكم؛ نُظِر، فإن كانا تبايعا الشِّقص بثمن صحيح أمضىٰ البيع، وحكم للشَّفيع بالشُّفعة، وإن كانا تبايعا بثمنٍ فاسدٍ - كالخمر والخنزير - نُظِر، فإن لم يكونا تقابضا العوضين، حكم بفسخ البيع وإبطاله، وإذا بطل البيع لم يستحق الشَّفيع الشُّفعة.

(١) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

(٢) مطموس في (ص) والمثبت من (ف).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

وهكذا إن كان أحدُهما قبض والآخر لم يقبض، فإنه يحكم بإبطال البيع.

وإن كانا تقابضا العوضين معًا ولم يأخذ الشَّفيع الشِّقص، فإنه يقرهما علىٰ التبايع، لا علىٰ معنىٰ أنه يحكم بصحة البيع، ولكن يتركهما وما فعلاه، ولا يتعرض لنقضه، ولا يحكم للشَّفيع بالشُّفعة؛ لأنه إنما يحكم بالشرع، والشُّفعة لا تستحَقُّ في الشرع إلا ببيعٍ صحيحٍ.

وإن كانا تقابضا العوضين، وأخذ الشَّفيع بشفعته، فإن الحاكم يقر الجميع علىٰ ما فعلوه، ليس أنه يحكم بصحته ولكن لا ينقضه.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَالْمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ)[١].

وهذا كما قال.. إذا باع ذِمِّيٌّ من ذميٍّ شِقْصًا، وكان شريكه فيه مسلمًا فإنه يستحقُّ الأخذ بالشُّفعة؛ لأن المسلم يستحقُّ الأخذ بالشُّفعة من المسلم، فبأن يستحق الأخذ بها من الذمي أولىٰ[٢].

وأما إذا باع شِقْصًا من مسلمٍ، وشريكه ذمي، فإن للذمي أن يأخذ الشِّقص من المسلم، وبه قال مالكٌ، وأبو حنيفة، والأوزاعي.

وقال الشعبي وأحمد[٣]: لا يستحقُّ الذمي شفعةً علىٰ مسلمٍ.. **واحتج**

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٠).

(٢) وهذا قول الكافة من الفقهاء.

(٣) وحكي عن الحسن البصري، وعامر الشعبي، وعثمان البتي، والحارث العكلي، والحسن بن صالح بن حي.

من نصرهما بأن إثبات ذلك له حقًّا يؤدي إلىٰ استعلائه علىٰ المسلم[١].

ودليلُنا قوله ﷺ: «**فإنْ باعَه فشريكُه أحقُّ به**»[٢] ولم يفرق بين المسلم والذمي، ولأنه حقٌّ موضوعٌ لإزالة الضرر عن المال، فاستوىٰ فيه المسلم والذمي، أصله : رد المعيب بالعيب.

فأما الجوابُ عن قولِهِم إن إثبات ذلك حقًّا له يؤدي إلى استعلائه على المسلم، فهو أنه ليس كذلك، بل هو من حقوقِ العقد، فأشبه الرد بالعيب.

فرع

إذا وهب من رجل شِقْصًا، فهل للشَّفيع أن يأخذ بالشُّفعة أم لا؟ ذلك مبنيٌّ علىٰ أن الهبة هل تقتضي الثواب أم لا؟ ولا خلاف علىٰ المذهب أن هبة النظير من نظيره والأعلىٰ من الأدنىٰ لا تقتضي الثواب، وأما هبة الأدنىٰ من الأعلىٰ فهل يقتضي إطلاقُها ثوابًا؟ فيه قولان، قال في الجديد: لا تقتضي ثوابًا - وهو الصحيح - وبه قال أبو حنيفة، وقال في القديم وفي بعض كتبه الجدد إنها تقتضي ثوابًا، وإليه ذهب مالكٌ.

فأما إذا شرط فيها الثواب فإن ذلك مبنيٌّ علىٰ حُكم الإطلاق، فإن قلنا إن الإطلاق يقتضي الثواب، فإن شرط ثوابًا مجهولًا صح؛ لأن حكم

---

(١) قالوا: وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا شفعة للذمي علىٰ المسلم» وروي: «لا شفعة لنصراني» أخرجه الطبراني في الصغير (٥٦٩) والعقيلي (٤/ ٣١٣) والبيهقي (١١٥٩٢) وضعَّفاه، ولأنه لما امتنعت دار الإسلام من إحياء الذي للموات فأولىٰ أن يمنع الإسلام من شفعة الذمي في الأملاك.. وفي هذا كله نظر كما شرحه الحاوي الكبير (٧/ ٣٠٣) وقال الروياني في بحر المذهب (٧/ ٦٧): «وهذا غلط للعمومات الواردة في الشفعة، ولأنه خيار يثبت لدفع الضرر عن المال فاستوي فيه المسلم والذمي كالرد بالعيب، وأما للخبر لا أصل له».

(٢) أخرجه مسلم (١٦٠٨).

الإطلاق اقتضاه، فشرطه لا يؤثر.

وإن شرط ثوابًا معلومًا ففيه قولان؛ **أحدهما**: يصح؛ لأن الإطلاق يقتضي الثواب، فصح شرطه، **والثاني**: أنه لا يصح؛ لأن الإطلاق يقتضي ثوابًا غير مقدرٍ، فإذا قدره كان ذلك منافيًا لمقتضىٰ العقد فأبطله.

وإذا قلنا إن إطلاق الهبة لا يقتضي الثواب، فإن شرط فيها ثوابًا مجهولًا لم يصح، كما لا يصح البيع بثمنٍ مجهولٍ، وإن شرط ثوابًا معلومًا فإن الشافعي[1] قال: يصح ذلك، فيكون في معنىٰ البيع، قال الربيع: وفيه قولٌ آخر أنه لا يصح.

فأما حكم الشُّفعة، فكل موضعٍ قلنا إن الهبة تقتضي ثوابًا إما حالة الإطلاق أو حالة الشرط فإن الشَّفيع يستحقُّ أخذ الشِّقص بالشُّفعة؛ لأنه ملك بعوضٍ، فاستحق أخذه بالشُّفعة، كما لو بيع.

وكل موضعٍ قلنا إن ذلك لا يقتضي ثوابًا، لم يكن له أخذه بالشُّفعة؛ لأنه ملك بغير عوضٍ، فلم يستحق أخذه بالشُّفعة، كما لو ملك بإرثٍ.

فرع

إذا باع من رجلٍ شِقْصًا فأصاب به عيبًا، فقال الشفيع: أنا آخذه بالعيب بالثمن الذي ابتاعه المشتري به، وأراد المشتري رده بالعيب علىٰ البائع؛ لم يكن له ذلك؛ لأن المشتري إنما يرد بالعيب ليستدرك الظلامة، ويزيل الغبن الذي لحقه، فإذا رضي الشَّفيعُ أن يأخذ بالثمن الذي ابتاعه، فقد استدرك الظلامة، وزال الغبن، فلم يكن له الرد، ولأن حق الشَّفيع سابقٌ لحق الرد بالعيب؛ لأنه يثبت بالعقد، وحق الرد يثبت عند العلم بالعيب.

---

(١) الأم (٥/ ٢١٧).

وهكذا إذا باع شِقْصًا معيبًا، ولم يعلم الشَّفيع بالبيع، فرد المشتري بالعيب، ثم علم الشَّفيع، فله أن يفسخ الرد بالعيب ويأخذ الشِّقص من المشتري لما ذكرنا من أن حقه سابقٌ.

فرع

إذا باع من رجل شِقْصًا، وثبت للشَّفيع فيه الشُّفعة، فتصرف المشتري في الشِّقص قبل أن يأخذه الشَّفيع؛ صح تصرفه؛ لأنه ملك الشِّقص بالابتياع، فتصرفه صادف ملكَه، وثبوتُ حق التمليك للغير لا يمنع صحةَ تصرفه، كما لو باع عبدًا بثوبٍ، وأصاب المشتري بالعبد عيبًا، فإن له حق الرد واسترجاع الثوب، ثم لو تصرف المشتري نفذ تصرفه إلا أن ذاك التصرف لا يبطل حقَّ الشفيع؛ لأن حقه سابقٌ لهذا التصرف.

فإذا ثبت هذا، فلا يخلو إما أن يكونَ المشتري تصرف بما يتجدد به وجوب[1] الشُّفعة، مثل أن يبيع الشِّقص أو يصالح عليه، أو يتزوج امرأةً ويصدقها أو تهبه بشرط الثواب.

فإن قلنا إن ذلك صحيحٌ، فالشَّفيع بالخيار بين أن يأخذ الشِّقص بالعقد الأول أو الثاني؛ لأنه شفيعٌ في كل واحدٍ منهما، فينظر ما له فيه المصلحة فيأخذ به، ثم ينظر.

فإن أراد أن يأخذ بالعقد الأول فإنه يأخذ الشِّقص بمثل الثمن الذي عقد به العقد الأول، وإن أراد أن يأخذ بالعقد الثاني؛ نظر، فإن كان المشتري باع الشِّقص، أخذه بمثل الثمن الذي باع به، وإن كان صالح عليه أخذه بمثل العوض الذي صولح به، وإن كان تزوج امرأةً وأمهرها إياه أخذ بمهر المثل،

---

(١) في (ف): «وخوف»، وهو تصحيف.

وإن كانت امرأةٌ خالعت زوجها عليه أخذه بمهر المثل، وإن كان وهبه بشرط الثواب أخذه بمثل الثواب المشروط.

وفي هذه المواضع كلِّها يأخذه ممن انتقل الملكُ إليه بالعقد الثاني، وتكون عهدته عليه.

وأما إذا تصرف فيه بما لا تجب فيه شفعةٌ، مثل أن يوقف الشِّقص أو يجعله مسجدًا، أو سقاية، فللشَّفيع إبطال ذلك التصرف، فكان له إبطاله وأخْذُ حقه.

فرع

إذا كانت دارٌ بين شريكين، لكلِّ واحدٍ منهما نصفُها، فباع أحدُهما النصف من نصيبه - وهو الربع من جميع الدار (من الحمل)[1] - ولم يعلم الشَّفيع بذلك، ثم باع النصف الآخر بعقدٍ آخر، وعلم الشَّفيع به، فله أن يأخذ أحدهما لأنه شفيعٌ عند كل واحدٍ من[2] العقدين، ثم ينظر، فإن اختار أن يأخذ الشِّقص الذي بيع به أولًا كان له أخذ جميعه؛ لأنه لا شفيع فيه غيره، وإن أراد أن يأخذ الشِّقص الثاني، ويعفو عن الأول؛ نظر:

فإن كان الشِّقص الثاني بيع من غير الذي بيع منه الأول، فالذي اشترىٰ الشِّقص الأول شفيعٌ، والشَّريكُ الذي له نصف الدار شفيعٌ، فلهما أن يأخذا الشِّقص الآخر بالشُّفعة، وهل يأخذا علىٰ الرءوس أو علىٰ الأنصباء؟ علىٰ قولين.

وإن كان الشِّقص الثاني بيع من الذي بيع منه الشِّقصُ الأولُ فإن

---

(١) كذا في (ص) وكأنها في (ف): «من الحول»!

(٢) زيادة ضرورية.

المشتري شفيعٌ بالشِّقص الأول، وهل له الشُّفعة في الشِّقص الثاني أم لا ؟ علىٰ قول أبي العباس : لا شفعة له، فيكون لصاحب نصف الدار أن يأخذ الشِّقص الثاني كله، وعلىٰ قول المزني وأبي إسحاق: له الشُّفعة، فيكون هو وصاحب النصف شفيعين في الشِّقص الثاني، وهو الربع، وهل يأخذانه علىٰ عدد الرءوس أو علىٰ قدر الأنصباء؟ علىٰ قولين[1].

فرع

إذا كانت دارٌ بين شريكين، فأراد أحدهما بيع نصيبه، فتعرض أجنبي لشرائه، فقال له الشَّريك: «اشتره قد عفوت عن حقي من الشُّفعة» فاشتراه، لم تسقط بذاك شفعته، بل له أن يأخذ بالشُّفعة بعد البيع؛ لأن حقه من الشُّفعة يثبت بعقد البيع، فإذا أسقطه قبل وجوبه لم يصح، كما لو أوصىٰ بأكثر من ماله فأجاز الورثة ذلك قبل موته.

فرع

إذا باع شِقصًا ووجبت للشَّفيع فيه الشُّفعة، فأخر المطالبة حتىٰ مضت مدةٌ، ثم قال: «إنما أخرت المطالبة لأني لم أصدق أن الشِّقص قد بيع وثبتت لي فيه الشُّفعة» فإنه يُنْظَرُ:

فإن كان قد أخبره بالبيع جماعةٌ يقع العلمُ بخبرهم لم تقبل دعواه ويبطلُ حقه من الشُّفعة؛ لأن الجماعة إذا أخبروا بالشيء وقع العلمُ بخبره ضرورةً.

وإن كان أخبره بذلك شاهدان لم يصدق أيضًا؛ لأن الشاهدين حجةٌ يثبت الحكمُ بقولهما في الشرع.

وإن كان أخبره عبدٌ أو صبيٌّ أو امرأةٌ أو كافرٌ؛ صُدِّق؛ لأن قول هؤلاء

(١) في (ف): «القولين».

ليس بحجةٍ في الشرع.

فإن أخبره بذلك شاهدٌ واحدٌ عدلٌ، ففيه وجهان؛ **أحدهما**: لا يُقبل؛ لأن الشاهد الواحد ليس بحجةٍ في الشرع، فصار كما لو أخبره عبدٌ أو امرأةٌ، **والثاني**: أنه يُقبل؛ لأن الشاهد يحكم به وبالدين، فهو من جملة الحجج، فصار بذلك كالشاهدين.

فرع

إذا وجب لرجلٍ شفعةٌ، فجاء إلىٰ المشتري فقال له: «السلام عليك، بارك الله لك في صفقة يمينك، أنا مطالب لك بالشُّفعة»؛ لم تبطل بذلك شفعته؛ لأن قوله «السلام عليك» تحيةٌ، فلا تبطل بها الشُّفعة، وقوله «بارك الله لك في صفقة يمينك» لا يتضمن ترك المطالبة، بل يعود ذلك بنفع الشفيع؛ لأنه إذا بورك له في الصفقة وحصل الملك له كان للشَّفيع أن يأخذ من الصفقة المباركة.

فأما إذا قال الشَّفيع للمشتري: «بعني الشِّقص» أو «هبه لي» فإن شفعته تبطل؛ لأنه لما عدل عن المطالبة بالشُّفعة إلىٰ أن يأخذ بجهة أخرىٰ كان ذلك رضًا منه بترك الشُّفعة والعفو عنها.

وهكذا إذا قال: «بكم ابتعتَ؟» أو «كم الثمن؟» بطلت شفعتُه؛ لأنه كان يمكنه أن يقول مكان ذلك: «قد أخذتُ بالثمن الذي ابتعتَ به»، فلما لم يفعل، كان تاركًا للمطالبة بالشُّفعة مع تمكنه منه.

فأما إذا وجب للرجل شفعةٌ فصالحه المشتري علىٰ أن يسقط حقه علىٰ عوضٍ بذله له، فإن الترك لا يصح، ولا يملك العوض الذي أخذه منه؛ لأنه لم يملك شيئًا، وإنما ملك أن يملك، وإنما ثبت له حقُّ تملكٍ واختيارٍ لم

يصح أخذ العوض عليه، كما لا يصح أخذ العوض علىٰ خيار الثلث، ولكن هل يسقط حقه من الشُّفعة ؟ فيه وجهان، وهكذا في خيار الثلاث، وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع.

فرع

إذا كانت دارٌ بين شريكين، لكلٍّ واحدٍ منهما نصفُها، فوكَّل أحدُهما الآخر في بيع نصف نصيبه، وقال له: «إن أردتَ أن تبيع النصف من نصيبك معه فافعل»، فباع الوكيل نصف نصيبه ونصف نصيب الموكل بثمنٍ معلومٍ، فالبيع صحيحٌ؛ لأن ما يقابل كلَّ واحدٍ من المبيعين معلومٌ، وللموكل أن يأخذ نصيب الوكيل الذي باعه بالشُّفعة؛ لأنه لا شفيع فيه سواه، وأكثر ما فيه الإذن في البيع، وهذا لا يسقط حقه من الشُّفعة.

وأما إذا أراد الوكيل أن يأخذ نصيب الموكل الذي باعه له بالشُّفعة، فهل له ذلك أم لا ؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: له ذلك؛ لأنه يأخذه من المشتري لا من يد نفسه، **والثاني** - وهو الأصح - أنه ليس له أَخْذُه؛ لأنه لما لم يملك أن يبتاع هذا الشِّقص لنفسه لم يملك أخذه بالشُّفعة، ولأنه متهمٌ في أنه يرخص في البيع ليأخذ الشِّقص بذلك الثمن، فلم يصح أخذه إياه بالشُّفعة، والله أعلم.

فرع

إذا كانت دارٌ بين شريكين، فباع أحدُهما نصيبه وجب للآخر الشُّفعة، ثم باع الشَّفيعُ نصيبه قبل أن يعلم ببيع الأول ووجوب الشُّفعة له، فهل تبطل شفعته بذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنها لا تبطل؛ لأنه يستحقُّ الشُّفعة بالبيع، وملكه كان موجودًا

حال البيع، فاستحق الشُّفعة به ولم تبطل شفعته بزوال الملك الثاني.

والوجه الثاني - وهو قول أبي العباس - أن شفعته تبطلُ؛ لأن سببَ استحقاق الشُّفعة الملكُ، وإذا زال الملكُ زال الاستحقاق، قال أبو العباس: فهو بمنزلة أن يشتري شيئًا فيصيب به عيبًا، فقبل أن رده زال العيب، فإن حقه من الرد يسقط؛ لأن سبب استحقاق الرد قد زال، فإذا قلنا إن له الأخذ بالشُّفعة أخذ، وإذا قلنا ليس له ذلك، ففرَّع أبو العباس علىٰ هذا، فقال: إذا كان قد باع النصف من نصيبه، فهل يبطل حقه من الشُّفعة ؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: أنه لا يبطل؛ لأن الشُّفعة تستحق بالملك القليل كما تستحق بالكثير، ولو كان هذا القدر من الملك موجودًا حال البيع استحق به الشُّفعة، فكذلك إذا كان موجودًا حال الأخذ.

والوجه الثاني: أن الشُّفعة تبطل؛ لأنها تستحق بالملك القليل، فإذا كثر كان الاستحقاق متعلقًا بجميعه، كما أن الموضحة إذا صغرت تعلق بها الأرش، وإذا كبرت تعلق الأرش بجميعها.

فإذا كانت الشُّفعة تستحق بجميع الملك، فإذا باع بعضه سقط بعضُ حقه، فإذا سقط بعض الشُّفعة سقط جميعُه، كما لو وجب لرجلٍ شفعة فعفا عن بعضها.

فرع

إذا باع شِقْصًا في مرضه المخوف لم يخل، إما أن يبيعه من وارثٍ أو غير وارثٍ، فإن باعه من وارثٍ لم يَخْلُ من أن يحابي أو لا يحابي، فإن لم يحاب؛ نظر:

فإن كان الشِّقص يساوي ألفًا فباعه بألفٍ؛ صح البيع، وللشَّفيع الأخذ

بالشُّفعة بالألف، وسواء كان الشَّفيع وارثًا أو غير وارثٍ؛ لأن البيع بثمن المثل من الوارث بمنزلة البيع من الأجنبي.

ولو باعه من الأجنبي بثمن المثل صح البيع، وكان للشَّفيع الأخذ، وسواء كان وارثًا أو غير وارثٍ، كذلك ها هنا.

وأما إذا باع وحابىٰ - مثل أن يكونَ الشِّقص يساوي ألفين فباعه بألفٍ - فالمحاباة في المرض بمنزلة الوصية، وللورثة منعُها، سواء كان يحتملها الثلث أو لم يحتملها.

فإذا لم يجيزوا انفسخ البيعُ في النصف - وهو الذي حصلت المحاباة به - ويصح في النصف، ويقال للشفيع: أنت بالخيار بين أن تأخذ ما صح فيه البيع من الشِّقص بالألف أو تترك، فإن أخذ جاز ذلك؛ لأن هذا هو الثمن الذي استقر عليه العقد، وإن ترك كان المشتري بالخيار بين أن يقر البيع في الذي صححنا البيع فيه، أو يفسخ؛ لأن الصفقة قد تفرقت عليه.

وأما إذا باع من غير وارثٍ ولم يحاب فللشَّفيع أن يأخذ الشِّقص بالشُّفعة، سواء كان وارثًا أو غير وارثٍ.

وإن حابىٰ في البيع لم يَخْلُ من أحد أمرين، إما أن يكونَ الشَّفيع وارثًا أو غير وارثٍ، فإن لم يكن وارثًا، نُظِرَ في المحاباة، فإن احتملها الثلثُ صح البيع في الجميع بالألف، وللشَّفيع أن يأخذ ذلك بالشُّفعة؛ لأنه يأخذ الشِّقص بالثمن الذي استقر العقد عليه، وإن لم يحتمل الثلثُ قَدْرَ المحاباة صح البيع في القدر الذي يحتمله الثلثُ من المحاباة، وينفسخ فيما زاد علىٰ ذلك، ويقال للشفيع: أنت بالخيار بين أن تأخذ ما صح البيعُ فيه من الشِّقص بالألف أو تترك، فإن أخذ جاز ذلك؛ لأن هذا هو الثمن الذي استقر عليه

العقد، وإن ترك كان المشتري بالخيار بين أن يقر البيع في الذي صححنا البيع فيه أو يفسخ؛ لأن الصفقة تفرقت عليه.

وأما إذا كان الشَّفيع وارثًا فالحُكْمُ فيه - إذا احتمل الثلث المحاباة وصححنا البيع في جميع الشِّقص - كالحُكْم فيه إذا لم يحتمل الثلث المحاباة وصححنا البيعَ فيما لم يحتمله الثلث منها، إلا أنَّا نفرض المسألة فيه إذا احتمل الثلث المحاباة، فذكر أبو العباس في هذا أربعة أوجه، وخرَّج أصحابُنا فيه وجهًا آخر:

فالوجه الأول: هو أن البيعَ يصحُّ في نصف الشِّقص بالألف التي هي ثمن المثل، وللشَّفيع أن يأخذه بالشُّفعة إن اختار، ويبقىٰ النصفُ الآخرُ علىٰ المشتري بلا ثمن، ووجه هذا أن المحاباة في البيع - في المرض - وصيةٌ، والوصية تصح لغير الوارث، ولا تصح للوارث.

فإذا باعه بألفٍ - وهو يساوي ألفين - فقد حاباه بألفٍ، فكأنه وهب منه نصف المبيع، وباعه النصف بثمن المثل، فصحت تلك المحاباة في حق المشتري؛ لأنه أجنبي، ولم تصح في حق الشَّفيع لأنه وارثٌ.

والوجه الثاني: أن البيع يصحُّ في نصف المبيع بألفٍ، وللشَّفيع أخذُه بالشُّفعة، وينفسخُ في النصف الذي حصلت المحاباة به، ووجه هذا أنه لا يمكنُ تصحيح البيع في الجميع بالألف ودفع ذلك إلىٰ الشفيع؛ لأنه تحصل محاباةٌ، والمحاباةُ لا تصحُّ في حق الوارث.

ولا يمكنُ أن يدفع إليه النصف بالألف ويبقىٰ النصف علىٰ المشتري؛ لأن الشَّفيع يأخذ الشِّقص بمثل ما حصل للمشتري، والشِّقصُ كلُّه حصل علىٰ المشتري بالألف، ولا يجوزُ أن يأخذ الشَّفيع نصفه بألف، فلم يبق إلا

أن يفسخ البيع في نصف المبيع ويصححه في النصف، فيحصل ذلك للمشتري بألف، ويأخذه الشَّفيع بذلك إن اختار.

والوجه الثالث: أن البيع يبطل؛ لأنه لا يمكنُ تصحيح البيع في الجميع وأخذ الشَّفيع له بالثمن؛ لأن في ذلك محاباةً، ولا تصحُّ المحاباة للوارث، ولا يمكن أن يدفع النصفَ إلىٰ الشَّفيع بالألف؛ لأن المشتري الكل بالألف، ولا يمكنُ فسخ البيع في النصف التي حصلت المحاباة به وإقراره بالنصف الآخر؛ لأن البيع تعلق بالقدر الذي تحصل المحاباة به، كتعلقه بما لم تحصل المحاباة فيه، وليس فسخ البيع في بعض المبيع بأولىٰ من فسخه في غيره، فلم يبق إلا أن يحكم ببطلان البيع، وإذا بطل البيعُ بطل حقُّ الشُّفعة.

والوجه الرابع - وهو الذي خرَّجه أصحابُنا - أن البيع يصح، وليس للشَّفيع شفعة؛ لأنا إذا جعلنا له الشُّفعة، أدىٰ ذلك إلىٰ إبطال البيع، وإذا بطل البيع بطلت الشُّفعة، ففي إثبات الشُّفعة إبطالها وإبطال البيع، وكل سببٍ إذا ثبت جر ثبوته سقوطه وسقوط غيره وجب إسقاطه.

والوجه الخامس - وهو الرابع من وجوه أبي العباس - أن البيع يصح بالألف، وللشَّفيع أخْذُ الشِّقص بالألف، وهذا هو المذهبُ الصحيحُ؛ لأن حكم المحاباة تعلق بمن وقع العقد له وملك به - وهو المشتري وهو أجنبي - فصحت المحاباة له، والشَّفيعُ إذا أخذ الشِّقص فإنه يأخذه من المشتري ويملكه عنه، فلا تحصل له المحاباة من مورثه، وإنما يأخذ الشِّقص بسببٍ آخرٍ، فصار كما لو أوصىٰ رجلٌ لأجنبي بشيءٍ من ماله، وكان لوارث الموصي علىٰ الموصىٰ دينٌ، فإن الوصية تصح، ثم الوارث يأخذ الدَّيْنَ من ثلث الوصية، وإن كان يحصلُ له بذلك نفعٌ ولا يؤثر ذلك في الوصية.

فرع

إذا باع المريضُ في مرضه المخوف شِقْصًا يساوي ألفين بألفٍ، ولا مال له سواه، وكان المشتري والشَّفيع أجنبيين فقد حابا فيه بالنصف، فينفذ البيع في نصفه بالألف؛ لأنه لا محاباة فيه.

وأما النصف الآخر فقد حاباه، والمحاباة في المرض وصيةٌ تعتبر من ثلثه، وثلثه لا يحتمل الألف كلها، وإنما يحتمل ثلثيها، فينفذ البيع في ثلثي النصف الباقي - وهو ثلث جميع الشِّقص - لأنها محاباةٌ احتملها الثلث، فيضم هذا الثلث إلىٰ النصف الأول، وينفذ البيع فيهما، ويكون الجميع خمسة أسداس الشِّقص، والبيع في السدس موقوفٌ علىٰ إجازة الورثة.

فإن أجازوا ذلك نفذ البيع في جميع الشِّقص، وللشَّفيع أن يأخذه بالشُّفعة بالألف، وإن لم يجيزوا بطل البيع في السدس، وصح في خمسة أسداس، ويقال للشفيع: أنت بالخيار بين أن تأخذ هذه الخمسة الأسداس بالألف أو تترك.

فإن أخذ جاز، وليس للمشتري أن يختار الرد وفسخ البيع، وإن لم يختر الشَّفيع الأخذ: قيل للمشتري: أنت بالخيار بين أن تقر البيع في الخمسة الأسداس بألفٍ أو تفسخ؛ لأن الصفقة تفرقت عليه، والله أعلم.

فرع

إذا كان نصف الدار طَلْقًا ونصفها وَقْفًا، فباع صاحبُ الطلق نصيبَه لم يكن لصاحب الوقف أن يأخذ الطلق بالشُّفعة، سواء قلنا إن ملك الوقف ينتقل إلىٰ الموقوف عليه أو لا ينتقل؛ لأن الوقف لا يستحقُّ فيه بالشُّفعة، وكل ما لا يُسْتَحَقُّ بالشُّفعة لم تستحق به الشُّفعة.

فرع

إذا كانت دارٌ بين شريكين، لكلِّ واحدٍ منهما نصفها، وأحدهما حاضرٌ والآخر غائبٌ، ونصيبُ الغائب في يد رجلٍ حاضر، فأقر الذي في يده نصيب الغائب أنه قد ابتاع نصيب الغائب، وصدَّقه الشَّفيع علىٰ ذلك، وادَّعىٰ أنه يستحقُّ أخذه بالشُّفعة، فهل يحكم له بالشُّفعة ؟

قال أبو العباس: يحتمل ذلك قولين:

أحدهما: أنه لا يُحكم بذلك ولا يصدَّق المشتري في الشراء؛ لأنه أقر بالملك للغائب وادَّعىٰ انتقاله إليه، ومن أقر لغيره بالملك لم يقبل قوله في انتقاله إليه، فعلىٰ هذا لا يستحقُّ الشَّفيع أخذ الشِّقص بالشُّفعة، ولكن يبعث حاكم هذا البلد - الذي به الغائب - حتىٰ يستخير الغائب ويسأله عن ذلك، فإن أقر أنه باع حكم بذلك، واستحق الشَّفيع الشُّفعة، وإن أنكر فالقولُ قوله، ولا شفعة. قال: ويقال للذي في يده الشِّقص: إن كنت تعلم - فيما بينك وبين الله - أنك ابتعت الشِّقص فسلمه بالشُّفعة، وإن كنت لم تبتع فلا تسلمه.

والقول الثاني: أن إقرار المشتري بابتياع الشِّقص مقبولٌ، وللشَّفيع أخذه بالشُّفعة؛ لأن الشِّقص في يده، وإقرارُ صاحب اليد مقبولٌ فيما في يده، فإذا أقر أن الشَّفيع يستحقُّ أخذه قبل ذلك فعلىٰ هذا يحكم بأن المبتاع قد ملك، فيأخذ الشَّفيع منه بالشُّفعة، ويكون الغائب علىٰ حجته، فإن قدم وأقر بالبيع استقر ما كنا حكمنا به، وإن أنكر قيل للمشتري والشَّفيع ألكما بينةٌ ؟ فإن أقاما البينة فشهدت بالبيع حكم بها، وإن لم يقيما البينة، فالقولُ قولُ الغائب مع يمينه أنه لم يبع، فإذا حلف كان له استرجاعُ الشِّقص، وله أجرة مثله من

حين أخذه الشفيع؛ لأنه أخذه بغير حق، وله أن يطالب بالأجرة من شاء من المشتري والشفيع.

فرع

إذا كانت دارٌ بين أربعة أنفسٍ، لكل واحدٍ منهم ربعها، فباع ثلاثةُ شركاء أملاكهم من ثلاثة أنفسٍ لكلِّ واحدٍ منهم ربعها بعقدٍ مفردٍ في وقتٍ واحدٍ؛ فللشَّفيع - وهو الشَّريك الذي لم يبع - أن يأخذ نصيب شركائه كله بالشُّفعة؛ لأنه لا شفيع سواه، وله أن يأخذ البعضَ ويعفو عن البعضِ؛ لأن كلَّ واحدٍ من الأشقاص بيع بعقدٍ مفردٍ فاستحق أخذه بالشُّفعة دون غيره، فإن أخذ الكلَّ جاز، وإن عفا عن الشُّفعة في شِقْصين، وأراد أخذ الثالث، فقال المشتريان له: «نحن شركاؤك في الملك فنأخذ هذا الشِّقص معك بالشُّفعة» لم يكن لهما ذلك؛ لأنهما ملكا في الحالة التي وجبت له الشُّفعة، والشُّفعة إنما تُستحق بالملك السابق لحالة وجوب الشُّفعة.

فإن كانت المسألة بحالها، وباع أحد الشركاء نصيبه من رجلٍ بعقدٍ مفردٍ، وباع آخر نصيبه من ذلك الرجل، ثم باع ثالثٌ نصيبه بعقدٍ آخر، فللشريك البائع أن يأخذ الكل بالشُّفعة؛ لأنه لا شفيع سواه، وله أن يأخذ البعض ويعفو عن البعض؛ لأن كل شِقْصٍ بيع بعقدٍ مفردٍ.

فإن أخذ الكل بعقدٍ واحدٍ جاز، وإن أخذ الأول وأراد أن يأخذ الثاني كان له، ولم يكن للمشتري مشاركته فيه، لأجل أنه كان شريكًا حال بيع الثاني بالشِّقص الأول؛ لأن ملكه الذي يستحقُّ به الشُّفعة قد زال بأخذ الشَّريك له، فلم يبق له ملكٌ يستحقُّ به الشُّفعة، وليس له أيضًا مشاركته بالربع الثالث؛ لأن ملكه تجدد عليه بعد وجوب الشُّفعة في الشِّقص الثاني، وهكذا إذا أخذ

الأول والثاني، ثم أراد أخذ الثالث كان له، وليس للمشتري مشاركته بالشِّقص الأول والثاني لما ذكرنا من أن ملكه زال عنها بأخذ الشَّفيع لهمان فأما إذا أراد أن يأخذ البعض ويعفو عن البعض، فإنه يُنْظَرُ:

فإن عفا عن الأول وأراد أن يأخذ الثاني قال أبو العباس: لما عفىٰ عن الربع الأول استقر ملكه للمشتري، وصار شريكًا به، فيأخذان الربع بينهما، ويكون بينهما نصفين، سواء قلنا إن الشُّفعة تستحق علىٰ قدر الرءوس أو علىٰ قدر الأملاك؛ لأنا إن قلنا إنها تستحق علىٰ عدد الرءوس فهما اثنان، هو بينهما، وإن قلنا إنها تستحق علىٰ قدر الأملاك فهما متساويان في الملك؛ لأن لكل واحدٍ منهما الربع.

قال أبو العباس: وكذلك إذا قال عفوتُ عن الشِّقص الأول والثالث وآخذ الثاني، فهو بينه وبين المشتري نصفين علىٰ القولين معًا، لما ذكرنا من أنهما متساويان في العدد والملك، ولا يستحقُّ المشتري بالربع الثالث شفعةً من الثاني؛ لأن ملكه تجدد عليه بعد وجوب الشُّفعة في الثاني.

قال: وأما إذا عفا عن الأول والثاني، وأراد أن يأخذ الثالث فهو والمشتري شفيعان، وللمشتري نصف الدار، وله ربعها، فإن قلنا إن الشُّفعة تستحق علىٰ عدد الرءوس كان المبيعُ بينهما نصفين، وإن قلنا إنها تستحق علىٰ قَدْر الأملاك كان للمشتري ثلثاه، وللشريك الآخر ثلثه.

فرع

إذا مات رجلٌ وخلَّف مالًا وحملًا، وأوصىٰ إلىٰ رجل بالنظر في ماله والقيام بالحمل والنظر في حقوقه، وكان له شِقْصٌ، فباع شريكُه حقَّه منه لم يكن للوصي أن يأخذ الشِّقص للحمل بالمنفعة؛ لأن الحمل غير متحققٍ وجوده، فلا يعلم استحقاق الشُّفعة.

فرع

إذا كانت دارٌ بين ثلاثة شركاء، اثنان حاضران وآخر غائبٌ، فباع أحدُ الحاضرين نصيبه، كان للآخر أخْذُ جميعه بالشُّفعة؛ لأنه لا شفيع حاضر سواه، فإن أخذ الشِّقص بالشُّفعة ثم رده بالعيب ولم يرض بأخذه سقط حقُّه من الشُّفعة وصار بمنزلة أن يعفو منه سهمين، ويبقىٰ مع الآخر أربعة أسهم، فإذا قدم الشَّفيع الآخر أخذ من القادم الأول ثلث ما حصل له - وهو ثلثا سهم - لأنه يقول: «أنا أستحق أن آخذ منك ما حصل لك لو أخذت النصف، فإذا أسقطت بعض حقك، وسامحت الشَّفيع الآخر لم يلزمني ذلك، بل أستحق أخذ ثلث ما حصل لك»، فيأخذ ذلك، ثم يضمه إلىٰ الأربعة الأسهم التي حصلت للشَّفيع الأول، فيصير الجميع أربعة أسهم وثلثين، فيقتسمان ذلك، فيصيب كل واحدٍ سهمان وثلث، ويبقىٰ مع الأول سهمٌ وثلث سهم.

قال: لأنهم ثلاثة شفعاء، كل واحدٍ منهم يستحقُّ الثلث، فإذا سمح واحدٌ منهم وترك بعض حقه وأخذ البعض فما بقي بعد ذلك يكون بين الآخرين نصفين.

قال أبو العباس: فنضرب المسألة في ثلاثة ليصح الكسر، فيكون ثمانية عشر، كل من له شيءٌ من ستة مضروبٌ له في ثلاثة، فللقادم الأول سهمٌ وثلث في ثلاثة يكون أربعة، وللقادم الثاني سهمان وثلث في ثلاثة يكون سبعة، وللشَّفيع الأول مثل ذلك.

فإن كانت المسألة بحالها، وكان هناك شفيعٌ رابعٌ غائبٌ فقدم فإنه يأخذ من الأول ربع ما حصل له - وهو سهمٌ - ثم يضمه إلىٰ ما حصل للآخرين -

وهو أربعة عشر - فيصير خمسة عشر، ثم يقسم ذلك بينهم أثلاثًا، فيصيب كل واحدٍ منهم خمسة أسهمٍ عن الشُّفعة، ولو عفا ثم قدم الآخر كان له أخذ جميع الشِّقص، فكذلك ها هنا.

فرع

إذا كانت دارٌ بين أربعة شركاء، اثنان حاضران واثنان غائبان، فباع أحدُ الحاضرين نصيبه فلشريكه الآخر أن يأخذ جميعَ ذلك بالشُّفعة؛ لأنه لا شفيع يطالب سواه، فإذا أخذ ذلك، ثم قدم أحدُ الغائبين، قال أبو العباس: يأخذُ من الشَّفيع الأول نصفَ الشِّقص؛ لأنه صار هو والأول شفيعين، وهما متساويان في الملك، فيكون الشِّقصُ بينهما نصفين.

قال: فإن قدم الثالثُ صاروا ثلاثة شفعاء، فيحتاج أن يكونَ الشِّقصُ بينهم أثلاثًا، فيأخذ من كلِّ واحدٍ منهما ثلث ما حصل له، فيحصل معه ثلثُ الشِّقص، ويبقىٰ مع كل واحدٍ ثلثه، فتكون المسألة من ستةٍ، أخذ كل واحدٍ ثلاثة أسهم، فلما قدم الثالثُ وأخذ من أحدهما سهمًا، ومن الآخر سهمًا يحصل معه سهمان، وبقي مع كل واحدٍ منهما سهمان.

قال أبو العباس: فإن كانت المسألة بحالها، فقدم أحد الشفيعين الغائبين وقال: لستُ أختار أن آخذ نصف ما أخذه الحاضر، بل آخذ ثلثه، وهو القدر الذي كنتُ آخذه أو كنا ثلاثتنا حضورًا، ورضي الشَّفيع بأن يدفع إليه الثلث كان له ذلك؛ لأن من استحق شفعة في النصف كان له أن يأخذ الثلث؛ لأنه ترك بعض حقه فيأخذ، ويبقىٰ علىٰ الآخر ثلاثة أسهم.

قال: فإن كانت المسألة بحالها، وقدم الرابع ولم يجد غير الشَّفيع الذي حصل له أربعة أسهم: فتحتمل وجهين، **أحدهما**: أنه يأخذ منه نصف ما

حصل له؛ لأنه يقول: لست أجد شفيعًا سواك، فأنت وأنا شفيعان، وما حصل لك بيننا نصفين، **والثاني**: أنه يأخذ ربع ما حصل له لأنهم أربعة شفعاء فيستحقُّ أن يأخذ من كل شفيع ربع ما حصل له، والله أعلم.

فَرع

إذا دفع رجلٌ إلىٰ رجلٍ مالًا قراضًا، فاشترىٰ المقارض بمال القراض ربع دار، وكان يملك ربع الدار إرثًا عن أبيه، ولرب الدار في الدار الربع أيضًا بإرثه عن أبيه، وعفا عن شفعة الربع الذي اشتراه بمال القراض، فحصل لربِّ المال ربع الدار بإرثه عن أبيه، والربع مشتركٌ في مال القراض، ثم إن العامل اشترىٰ الربع الباقي من الدار بمال القراض، وطالب هو وربُّ المال بأخذه بالشُّفعة.

قال أبو العباس: يكون هذا الربع الباقي بين ربِّ المال وبين العامل ومال القراض أثلاثًا، فيأخذ رب المال ثلثه؛ لأنه يملك ربع الدار، ويأخذ العامل ثلثه؛ لأنه يملك ربع الدار، ويؤخذ ثلثه بالشُّفعة بمال القراض؛ لأن لمال القراض شركة في الدار، فاستحق أن تؤخذ له بالشُّفعة.

فَرع

إذا كانت دارٌ بين ثلاثة شركاء، نصفها لأخوين والنصف الآخر لأجنبي، فباع الأجنبيُّ نصيبه من أجنبي، فطالب الأخوان بالشُّفعة، فقال المشتري: «إنما اشتريت لأحد الأخوين» وصدَّقه المقر له علىٰ ذلك، وكذبه أخوه وقال: «بل اشتريته لنفسك» قال أبو العباس: يأخذ الأخوان النصف المبيع بالشُّفعة بينهما نصفين، ولا يفيد هذا الاختلاف شيئًا؛ لأنه إن بيع من الأجنبي فالأخوان شفيعان، فيكون بينهما، وإن كان اشتراه الأجنبيُّ للأخ

فالأخ مشْتَرٍ وشفيعٌ، فله الشُّفعة، وأخوه له الشُّفعة أيضًا، فيكون ذلك بينهما بكل حالٍ، وصرح أبو العباس ها هنا بأن الشَّفيع يكون له الشُّفعة إذا كان مشتريًا.

قال أبو العباس: فإن قال الأخ المكذب حلِّفوا أخي أن الشِّقص اشتري لي، لم يحلف؛ لأنه لا فائدة في استحلافه علىٰ ما بينا بأن الحكم لا يختلف بأن يكونَ الأجنبي اشتراه لنفسه أو للأخ.

فإن قال المشتري: «اشتريتُ هذا الشِّقص من رجل لا يملِكُه» فصدقه أحد الأخوين وكذبه الآخر، فإن المصدق لا شفعة له؛ لأنه إذا أقر أنه اشتراه ممن لا يملِكُه، فهو ما نقول : ما ملكتَ أنت بالشراء، فلا تستحِقُّ الشُّفعة علىٰ ما لم تملك، ويستحقُّ المكذب أخذ الشِّقص كله؛ لأن الآخر قد أسقط حقه من الشُّفعة، فلم يبق شفيعٌ سواه.

فإن قال الأجنبي: «ملكتُ هذا الشِّقص بهبةٍ» فصدقه أحدُهما وكذَّبه الآخر، وقال: «بل ملكته بابتياعٍ» فالمصدقُ قد بطلت شفعته؛ لأنه أقر أنه قد ملك الشِّقص بهبةٍ، والهبة لا شفعة فيها، وأما المكذب فهو يدعي علىٰ الأجنبي أنه ملك الشِّقص بابتياعٍ، وأنه يستحقُّ الشُّفعة عليه فيه، والأجنبي ينكر ذلك، فإن أقام المدعِي البيِّنةَ علىٰ أنه ملك ذلك بابتياعٍ استحق عنه الشُّفعة، وإن لم يقم البينة فالقولُ قولُ الأجنبي مع يمينه ولا تستحقُّ عليه الشُّفعة.

فصل في بيان الوجوه التي تسقط بها الشُّفعة

تسقط الشُّفعة بوجوهٍ:

منها: أن يبيع شِقْصًا يساوي مائةً بألف درهم، ويأخذ منه عوض الألف

عرضًا يساوي مائة، فإذا جاء الشَّفيع احتاج أن يأخذ الشِّقص بالألف - لأن المشتري ملكه بألفٍ - فلا يرضىٰ أن يأخذ ما يساوي مائةً بألف، فيترك الشُّفعة.

وذكر ابن سُريج مسألة في هذا المعنىٰ، وهو أن يبيعه جاريةً تساوي مائةً بألف درهم، ثم يأخذ منه بالألف شِقْصًا يساوي مائةً، فالشَّفيع يحتاج أن يأخذ الشِّقص بالألف؛ لأن المشتري ملكه بذلك القدر، فلا يأخذ، ويترك الشُّفعة.

إلا أن في المسألة الأولىٰ يكون الغرر علىٰ المشتري للشِقْص لأنه يشتري ما يساوي مائةً بألفٍ[1]، فربما لم يرض البائع أن يأخذ منه العرض عوضًا عن الألف، فتلزمه الألف كلها.

وفي مسألة ابن سريج: الغررُ علىٰ البائع للشِقْص؛ لأنه يبتاع أولًا الجارية بألفٍ ويلزمه ذلك، فربما لم يختر صاحب الجارية بألف أن يأخذ منه الشِّقص بألفٍ، فتبقىٰ عليه الجارية بألفٍ وهي تساوي مائةً.

ووجهٌ آخر أنه يبتاع شِقْصًا يساوي مائةً بألفٍ، ثم يبرئ البائع المشتري عن تسعمائة، ويقبض منه مائةً، فالشَّفيع يأخذ بالألف؛ لأن المشتري بذلك ملك، والإبراء لا يتعلق به حق الشفيع، فيترك الشَّفيع الشُّفعة.

ووجهٌ آخر، وهو أن يكونَ الشِّقص يساوي ألفًا، فيبيع منه نصفه بألفٍ، ويهب منه النصف، ويكتب في الكتاب أنه باع منه نصفه بألف درهم، ووهب منه نصفه فلا يستحقُّ الشَّفيع أخذ النصف الموهوب، وإنما يأخذ النصف المبيع، ويحتاج أن يأخذه بألفٍ، فلا يرضىٰ بذلك ويترك الشُّفعة.

---

(١) في (ف): «ألف»، وهو تصحيف.

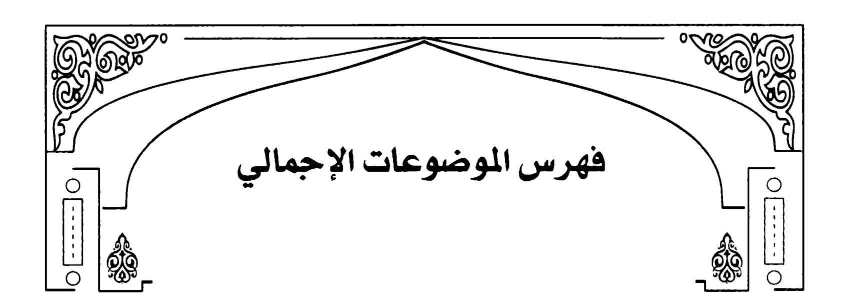
ووجهٌ آخر، وهو أن يهب الشِّقص منه، ويهب له الآخر الثمن فلا يستحقُّ في ذلك شفعةً؛ لأن ملك الشِّقص انتقل بالهبة، والغررُ هاهنا علىٰ الذي يبدل بالهبة؛ لأن الآخر ربما لم يهب.

ووجهٌ آخر، وهو أن يشتريَ الشِّقصَ منه بثمنٍ جزافٍ مشاهد، إلا أنه لا يعلمُ قدره، فالبيع صحيحٌ، فإذا طالب الشَّفيع ادَّعىٰ المشتري أنه لا يعلمُ مبلغ الثمن، والقول قوله، فإذا حلف لم يستحق الشُّفعة؛ لأن الثمنَ الذي يأخذ به الشُّفعة غير معلومٍ.

آخر كتاب الشُّفعة، والله أعلم بالصواب

يليه كتاب القراض

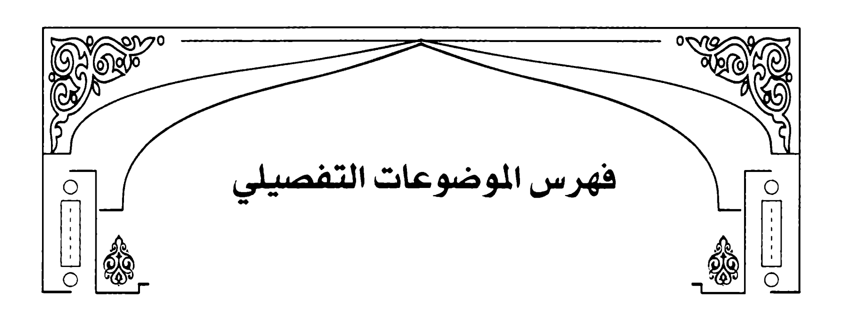




فهرس الموضوعات الإجمالي

الموضوع الصفحة





الموضوع الصفحة

تم، ولله الحمد والمنة

